

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO
INMOBILIARIO



Año XCVI • Noviembre-Diciembre • Núm. 782

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 XCVI • Noviembre-Diciembre 2020 • Núm. 782

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 DGRN

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 DGRN

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

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 DGRN

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 DGRN

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

- HERBOSA MARTÍNEZ, Inmaculada: «La buena fe como criterio de integración y de corrección del contenido del contrato. Protección de las expectativas legítimas en los contratos celebrados mediante condiciones generales» / *Good faith as a criterion for integration and correction of the content of the contract. Protection of legitimate expectations in contracts containing general conditions* 3303
- MAYOR DEL HOYO, M.^a Victoria: «Los Derechos civiles en España ante la Convención de Naciones Unidas sobre discapacidad. Especial referencia al Derecho civil aragonés: ¿una adaptación condicionada por la reforma estatal?» / *Civil laws in Spain in the light of the United Nations Convention on disability. Special reference to Aragonese civil law: an adaptation conditioned by the reform of the state private legal system?*..... 3359
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto: «La función social de la propiedad de la vivienda y las normativas autonómicas» / *The social function of home ownership and regional regulations* 3417
- MUÑOZ LLINÁS, Jaime Ignacio: «El deber de conservación de los bienes culturales y la indemnización derivada de su vinculación singular. Incidencia del Registro de la Propiedad» / *The duty of conservation of immovable cultural properties and the compensation derived from its singular linkage. Incidence of Land Register* 3467

ESTUDIOS LEGISLATIVOS / LEGISLATIVE STUDIES

MARTÍNEZ NADAL, Apol.lonia: «Firma electrónica cualificada y acceso de documentos privados a los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles» / <i>Qualified electronic signature and access of private documents to Real State Property, Commercial and Movable Property Registries</i>	3521
---	------

DICTÁMENES Y NOTAS / LEGAL OPINIONS AND NOTES

MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, J. Leandro: «Régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y daños causados por los registradores de la propiedad» / <i>Patrimonial responsibility regime of the Public Administrations and damages caused by property registrars</i> .	3587
PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: «El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad: ¿una quimera?» / <i>The will granted with supports by people with disabilities: A chimera?</i>	3625

DERECHO COMPARADO / COMPARATIVE LAW

BRANDELLI, Leonardo: «Abstracción y causalidad entre el plano real y el obligacional y su relación con los tipos de registros inmobiliarios» / <i>Abstraction and causality between property and contract law and the real estate registration species</i>	3675
--	------

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL / RESOLUTIONS OF DIRECTORATE OF NOTARIES AND REGISTRIES

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, coordinado por Juan José JURADO JURADO...	3711
---	------

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

- «Competencia judicial en materia de responsabilidad parental y residencia habitual del menor (los criterios

	interpretativos del interés superior del menor, y, el criterio de proximidad)» / <i>Judicial jurisdiction in matters of parental responsibility and habitual residence of the the minor (the interpretive criteria of the best interests of the minor, and the proximity criterion)</i> , por Isabel DE LA IGLESIA MONJE.....	3807
1.2.	Derecho de familia:	
	— «Nulidad del matrimonio por error en las cualidades personales. El travestismo del esposo» / <i>Nullity of marriage due to error in personal qualities. Husband's cross-dressing</i> , por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT	3823
1.3.	Derechos reales:	
	— «Posible aplicación de la cláusula <i>rebus sic stantibus</i> en las operaciones inmobiliarias a raíz de la Covid 19» / <i>Possible application of rebus sic stantibus clause in real estate operations as a result of Covid 19</i> , por Pastora de ARTIÑANO MARRA	3869
1.4.	Sucesiones:	
	— « <i>Droit de suit</i> y sucesión <i>mortis causa</i> : indisponibilidad <i>inter vivos</i> del derecho de participación» / <i>Droit de suit and succession mortis causa: unavailability inter vivos of this right</i> , por Fernanda MORETÓN SANZ.....	3883
1.5.	Obligaciones y Contratos:	
	— «Nulidad por abusiva de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: integración del contrato conforme al Derecho nacional supletorio, prescripción de la acción de restitución y costas procesales (A propósito de la STJUE de 16 de julio de 2020)» / <i>Nullity due to abuse of the mortgage loan expenses clause: integration of the contract in accordance with supplementary national law, prescription of the restitution action and procedural costs (Regarding the SCJEU of July 16, 2020)</i> , por Beatriz SAENZ DE JUBERA HIGUERO.....	3911

1.6. Responsabilidad civil:

- «El alcance de la asunción del riesgo por la víctima en la práctica deportiva y espectáculos de ocio peligrosos» / *Assumption of risk by the victim. Dangerous sports and entertainment*, por Lucía COSTAS RODAL..... 3945

1.7. Concursal:

- «La suspensión del lanzamiento del deudor hipotecario. Análisis de las reformas operadas por el Real Decreto-Ley 6/2020, de 10 de marzo y de la reciente jurisprudencia de los Tribunales» / *The suspension of the launch of the mortgage debtor. Analysis of the reforms operated by Royal Decree-Law 6/2020, of March 10, and the recent jurisprudence of the Courts*, por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS 3974

2. MERCANTIL:

- «De nuevo sobre la compraventa de empresa y la acción de daños y perjuicios. Algunas notas sobre la legitimación activa de la sociedad adquirida ante el incumplimiento de las declaraciones y manifestaciones» / *Again about corporate sale and action for damages. Some notes of the active legitimation of the acquired company in the event of breach of the representations and warranties*, por Francisco REDONDO TRIGO.. 3993

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

- «Nuevas posibilidades para acceder a la cancelación de los asientos practicados por la inscripción de un proyecto de reparcelación anulado» / *New possibilities to elicit the cancellation of the registration records entered by a reparcelization project*, por Vicente LASO BAEZA..... 4009

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / BIBLIOGRAPHY INFORMATION

- «Cláusula rebus sic stantibus e interpretación de los contratos: ¿Y si viene otra crisis?», de Isabel ESPÍN ALBA, por Ana M.^a PÉREZ VALLEJO 4023

	<i>Págs.</i>
«Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico», de M.GARCÍA MAYO, por Adrián ARRÉBOLA BLANCO.....	4025
«Hacia unas nuevas funciones de Registro Mercantil en relación con la actividad agraria», de Esther MUÑIZ ESPADA, por Luis ARNÁEZ FERNÁNDEZ.....	4027

ESTUDIOS

La buena fe como criterio
de integración y de corrección
del contenido del contrato.
Protección de las expectativas
legítimas en los contratos celebrados
mediante condiciones generales

*Good faith as a criterion
for integration and correction
of the content of the contract.
Protection of legitimate expectations
in contracts containing general
conditions*

por

INMACULADA HERBOSA MARTÍNEZ
*Profesora titular de Derecho civil
Universidad de Deusto*

RESUMEN: El objetivo del presente trabajo consiste en analizar el papel que juega la buena fe objetiva para desarrollar, completar o corregir el contenido del contrato. La idea que sirve de hilo conductor es que la

aplicación de este principio requiere reglas claras y precisas que le doten de contenido y operatividad sin poner en riesgo el principio de la autonomía privada que rige la contratación. De acuerdo con ello, se concretan, de un lado, las reglas o deberes específicos que subyacen a la buena fe a que se refiere el artículo 1258 del Código civil tomando como base la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. De otro lado, se fijan los límites dentro de los que —excepcionalmente— se considera admisible su utilización para corregir el contenido del contrato, y se somete a revisión cuál es el sentido y el papel concreto que juega la buena fe que subyace a la regla de los llamados «pactos sorprendentes» en los contratos celebrados con condiciones generales. Y se llega a la conclusión de que el control de contenido únicamente es admisible cuando se da una vinculación injusta del adherente con fundamento en una manifestación específica de la buena fe (la protección de la confianza en las relaciones jurídicas).

ABSTRACT: The aim of this paper is to analyze the role that good faith plays to develop, complete or correct the content of the contract. The idea that serves as a common thread is that the application of this principle requires clear and precise rules that provide it with content without jeopardizing the principle of private autonomy applicable to contracts. To this purpose, on the one hand, the specific rules that underline a duty of good faith in accordance to Article 1258 del Código civil are specified, based on the case law of the Supreme Court. On the other hand, it is analyzed whether the good faith can be used to correct the unfairness of the contract. Specifically, the role that good faith plays via the notion of «unfair surprise» in contracts containing general conditions is also subject to revision. It is concluded that the control of contract terms is only admissible in case of the adherent party is unfairly bound in the course of the contract negotiation process. The legal basis for such conclusion is the rule of reasonable expectations of the parties factored into the good faith principle.

PALABRAS CLAVE: Buena fe. Integración del contrato. Control de contenido. Condiciones generales. Expectativas legítimas. Pactos sorprendentes.

KEY WORDS: Good faith. Integration of the contract. Control of contract terms. General conditions. Reasonable expectations. Unfair surprise.

SUMARIO: I. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE BUENA FE. SU NECESARIA CONCRECIÓN MEDIANTE REGLAS PARTICULARES.—II. LA BUENA FE EN EL ÁMBITO DEL CONTRATO. SU

CONCRECIÓN EN EL ARTÍCULO 1258 DEL CÓDIGO CIVIL: 1. SENTIDO Y ANTECEDENTES DEL PRECEPTO. 2. IRUPCIÓN DE LA ÉTICA EN EL CONTRATO.—III. CONCRECIÓN DE LA BUENA FE COMO CRITERIO INTEGRADOR DEL CONTENIDO DEL CONTRATO: 1. EL DEBER DE DAR CUMPLIDA EFECTIVIDAD AL CONTRATO. 2. LA EXIGENCIA DE MANTENER EL EQUILIBRIO DEL CONTRATO.—IV. LA BUENA FE COMO CRITERIO DE CONTROL DEL CONTENIDO DEL CONTRATO.—V. CONTROL DE CONTENIDO EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS MEDIANTE CONDICIONES GENERALES. SU ADMISIÓN EN SUPUESTOS TASADOS: 1. INADMISIÓN DE LA BUENA FE *EX* ARTÍCULO 1258 DEL CÓDIGO CIVIL COMO CRITERIO DE CONTROL. 2. LA BUENA FE COMO «CONFIANZA»: LA REGLA DE LAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS.—VI. LA BUENA FE COMO FUNDAMENTO DE LOS «PACTOS SORPRENDENTES» EN LAS CONDICIONES GENERALES QUE SE REFIEREN A LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO: 1. CONTROL DE CONTENIDO CONFORME A LA BUENA FE COMO ALTERNATIVA AL CONTROL DE TRANSPARENCIA (STS 367/2016, DEL PLENO DE LA SALA PRIMERA). 2. LA REGLA DE LAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS COMO MECANISMO ESPECÍFICO DE CONTROL DE ESTE TIPO DE PACTOS. 3. EL RESTABLECIMIENTO DE LAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS COMO SANCIÓN PARA LOS «PACTOS SORPRENDENTES».—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE BUENA FE. SU NECESARIA CONCRECIÓN MEDIANTE REGLAS PARTICULARES

La buena fe es, sin duda, uno de los conceptos jurídicos más conocidos, pero al mismo tiempo caracterizado por unos perfiles borrosos que dificultan su aplicación en la práctica diaria. A él nos referimos, lógicamente, cuando queremos expresar que una persona cree haber actuado con corrección en una relación jurídica (buena fe subjetiva) o que las partes en dicha relación deben ajustar su comportamiento a unas reglas razonables y susceptibles de generar confianza (buena fe objetiva), pero también en otras muchas situaciones en las que sencillamente se pretende llegar a un resultado que se considera «justo», ya que es frecuente asociar el concepto de «justicia» y buena fe. Se trata, por ello, de un concepto cuyo alcance «se intuye» pero del que resulta muy difícil precisar su verdadero significado, dada su inevitable proximidad con otros conceptos cercanos y la diversidad de matices que ofrece. Estas dificultades aumentan exponencialmente cuando se trata de explicar cuáles son las repercusiones concretas que la regla de la buena fe tiene en un nuestro ordenamiento (aunque sea un sector reducido como es de la contratación privada) y qué consecuencias se derivan de su infracción.

No es exagerado decir, como hacía el profesor DÍEZ-PICAZO en relación al concepto de la buena fe, que estamos ante «uno de los más difíciles de aprehender del Derecho civil y además uno de los conceptos jurídicos que ha dado lugar a más larga y apasionada polémica»¹.

El interés que suscita el principio de la buena fe, lejos de haber decaído, por el contrario, puede decirse que ha resurgido en las últimas décadas. Primero, con ocasión del desarrollo de algunos deberes que son concreción de este principio, como el deber de información, reforzado por algunas Directivas comunitarias dictadas en materia de protección de consumidores, o el control de contenido por abusividad en la contratación con condiciones generales con consumidores, que, también tiene su último fundamento en dicho principio. Y, de manera más intensa en estos últimos años, a raíz de algunos pronunciamientos de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que parecen mostrarse favorables a residenciar en este principio un control de contenido para las condiciones generales que afectan a los elementos esenciales de los contratos entre empresarios, como alternativa al doble control de transparencia (que no es admisible en estos contratos), como vía para expulsar determinadas cláusulas de los mismos.

Con estos antecedentes, con relativa facilidad se constata que es muy difícil reconducir a una definición única la buena fe; por ello, como decíamos en un trabajo anterior², es lugar común en la doctrina resaltar las dificultades para definir este concepto. Como sucede con otros conceptos jurídicos (orden público, buenas costumbres, moral o equidad, etc.), aunque su significado puede intuirse fácilmente³, resulta difícil de concretar y de someter a los cánones de una definición única⁴. Como decíamos entonces, ello se debe a que no existe un concepto único y a que cualquier intento de definición obliga a recurrir, a su vez, a conceptos igualmente generales y abstractos, como lealtad, confianza, rectitud, honradez, justicia, equidad, etc. En este sentido se ha señalado que no solo resulta imposible dar un concepto de la buena fe por la variedad de su materia o por el profuso empleo que de la misma hace el ordenamiento positivo, sino que la ciencia del Derecho como ciencia práctica tampoco lo necesita, ya que este principio, por no ser unívoco, sino análogo, se presenta con significados diversos, tanto en cuanto a su forma como respecto a su contenido⁵.

Es evidente que detrás de estas dificultades teóricas se oculta uno de los riesgos más importantes que subyace a la aplicación de la buena fe (y los demás conceptos que se han mencionado), a saber, que, debido a la falta de una definición precisa, este principio se aplique de forma injustificada y sin una fundamentación clara, en contra de la necesaria seguridad jurídica que la aplicación de dicho principio debe garantizar⁶. Con gran acierto se ha señalado que la utilización de estos conceptos «conduce a una potenciación del arbitrio judicial», que aunque está llamado a cumplir una tarea

importante en la concreción de los mismos, «puede caer en la tentación de acumular simplemente menciones de dichas cláusulas sin desarrollar una concreta y precisa fundamentación, tal como requiere la naturaleza de todo principio general»⁷.

En el Derecho positivo este concepto es utilizado por el legislador en una gran variedad de supuestos. Un sector cualificado de nuestra doctrina, siguiendo a BETTI, clasifica los preceptos que hacen alusión a la buena fe en tres grupos: a) buena fe como ignorancia de la lesión que se causa en un interés jurídico ajeno que se halla jurídicamente protegido (cfr. arts. 361, 433, 1529 del Código civil, entre otros); b) buena fe como confianza en la apariencia jurídica (cfr. arts. 464 y 1164 CC, y 34 LH); c) buena fe como «rectitud y honradez en el trato» como manifestación de las normas básicas de convivencia de una sociedad y de los cánones socialmente exigibles, tanto en fase de celebración como de ejecución de los negocios jurídicos, actuando de buena fe el que ordinariamente ajusta su conducta a esos cánones (cfr. arts. 1107.1.º y 1258 CC)⁸.

No obstante, la mayoría de la doctrina distingue simplemente dos posibles sentidos⁹:

a) En sentido objetivo: la buena fe considerada como resultado de las «reglas mínimas exigibles de honestidad y lealtad» a las que las partes deben ajustarse en el desarrollo de sus relaciones jurídicas;

b) En sentido subjetivo: la buena fe entendida como la correcta situación del sujeto dentro de una relación jurídica; es decir, ligada a la creencia subjetiva de actuar con corrección; se considera como una variante de esta versión, la derivada de la protección a la apariencia jurídica.

Por lo que respecta a esta última clasificación, mientras que la doctrina y la jurisprudencia proporcionan una definición más o menos precisa del concepto de buena fe para cada una de las situaciones a las que se aplica (por ejemplo, la buena fe a estos de posesión y usucapión *ex* arts. 433 y 1950 CC) no sucede lo mismo con la buena fe entendida en sentido objetivo. La buena fe objetiva se relaciona de manera genérica con la exigencia de respetar «la lealtad y honradez» en el tráfico, pero sin llegarse a concretar los comportamientos o reglas concretas de actuación que encuentran amparo en dicha exigencia. Sin embargo, parece conveniente y clarificador establecer un conjunto de reglas que, desde un punto de vista dogmático, puedan ser clasificadas y aplicadas de manera homogénea y, desde un punto de vista práctico, permitan a las partes en un conflicto representarse cuál es el comportamiento exigible en cada caso y, por tanto, funcionar de manera más operativa. Por otra parte, hay que evitar el riesgo de que mediante un concepto tan elástico, como el de «lealtad y honradez» en el trato, se pueda

eludir la aplicación de figuras ya acuñadas y consagradas en nuestro ordenamiento jurídico cuyo fundamento común es la buena fe, pero con caracteres y requisitos propios (por ejemplo, la doctrina de los actos propios, retraso desleal o la cláusula *rebus sic stantibus*, entre otras muchas).

Esta parece ser también la postura que mantienen los escasos autores que se han interrogado sobre el particular y, desde un punto de vista práctico, nuestros tribunales. Así, se ha señalado que los diferentes preceptos en los que se establece la exigencia de respetar la buena fe, por su generalidad, no ofrecen elementos de determinación suficientes para interpretar que faceta de aquella queda comprendida en la norma. Por eso, no tiene mucho sentido «interpretar» el concepto de buena fe sino exponer, y sobre esta base delimitar, las concretas reglas (o «subreglas») elaboradas por los tribunales y los criterios que integran el concepto de buena fe en cada una de las situaciones descritas¹⁰. En este sentido se ha dicho que la buena fe, por su generalidad, solo puede actuar cuando sea «sucesivamente concretada en reglas más operativas, susceptibles de ordenación y clasificación según la naturaleza de los casos». De manera muy expresiva se añade que «el salto» de la buena fe en general a cada caso concreto «sería siempre un salto en el vacío, si el operador no fuera capaz de construirse peldaños intermedios de concreción, cuya aplicación a los casos pueda aspirar al consenso y sirva para producir un conjunto de reglas uniformes susceptibles de aplicación homogénea ordenada por grupos de supuestos»¹¹.

Por todo ello no tiene mucho interés práctico realizar un esfuerzo por elaborar un concepto general o abstracto de la buena fe sino que parece más adecuada una formulación casuística y empírica del mismo, analizando sus posibles aplicaciones a situaciones concretas. A la hora de llevar a cabo esta labor, es a la jurisprudencia, como máximo responsable de la aplicación del ordenamiento jurídico, a la que corresponde, en última instancia, perfilar dichas reglas para dotar de operatividad a este concepto¹².

II. LA BUENA FE EN EL ÁMBITO DEL CONTRATO. SU CONCRECIÓN EN EL ARTÍCULO 1258 DEL CÓDIGO CIVIL

Aunque la buena fe actúa en todos los sectores del ordenamiento jurídico, y en este sentido es un concepto transversal, uno de los campos en los que la buena fe se manifiesta de manera más intensa es en el ámbito del contrato. En este sentido se ha señalado que «la potencialidad que el principio —de buena fe— tiene en el terreno de los contratos es extraordinaria». Tanto «como lo pueda ser la rentabilidad retórica que puede traer el abuso de una fórmula elástica como la buena fe», en la que, se añade, «cabén todas las exigencias de lealtad y corrección y que admite

toda suerte de adaptaciones a las concretas circunstancias de cada caso»¹³. Ahora bien, aunque la buena fe se desenvuelva en un ámbito más reducido, que es el del contrato, sigue siendo necesario dotar de contenido a este principio mediante la determinación de reglas concretas aplicables en cada caso. En otras palabras, este principio no puede aplicarse de forma indiscriminada a cualquier situación en la que la justicia del contrato se ponga en entredicho, ni mucho menos a aquellas otras en las que se pone en tela de juicio otro principio básico en materia de contratos, que es el principio de autonomía privada.

La determinación del significado de la buena fe en el ámbito del contrato exige, por tanto, identificar los distintos aspectos en los que incide, y las concretas reglas aplicables en cada caso. Ciñéndonos a la buena fe objetiva, es sabido que la buena fe tiene incidencia en distintos aspectos del contrato; se hace alusión a ello en diferentes cuerpos legales, no solamente en el Código civil, y de manera progresiva en el tiempo¹⁴. Por lo que respecta a dicho texto legal, la buena fe, como parámetro a tener en cuenta en el ejercicio de cualquier derecho, no se introduce hasta la reforma del título preliminar, aunque se recoge un precepto equivalente en el ámbito mercantil desde la promulgación del Código de Comercio. Además la buena fe se menciona, con particulares efectos, en textos posteriores como la Ley de condiciones generales de la contratación (Exposición de motivos, arts. 10 y 10 bis) y en el TRLGDCU (Exposición de motivos, arts. 65, 80, 82, 87 y 98).

Centrándonos en el Código civil, es innegable que la idea de buena fe subyace, actuando como elemento inspirador, a toda la regulación que se dedica a los contratos, sin perjuicio del papel que juega en la fase precontractual, con su correspondiente reflejo en el deber de información y de no interrumpir de manera sobrevenida los tratos preliminares. Sin embargo, un análisis riguroso y sistemático de dicha regulación evidencia que no son muchos los supuestos de mención expresa a este principio en materia propiamente de contratos.

De una parte, algunos de los preceptos que suelen relacionarse con la buena fe en el contrato (cfr. art. 1107 CC, como parámetro para fijar la extensión de los daños y perjuicios, así como art. 1122.1 CC, que alude a la pérdida de la cosa con ausencia de culpa del deudor en los supuestos de imposibilidad sobrevenida) se sitúan, sistemáticamente, en sede de obligaciones, de tal modo que solo cuando estas tengan su origen en dicho negocio jurídico resultan, indirectamente, aplicables al ámbito contractual¹⁵. De otra parte, en otros aspectos importantes del contrato, como el de su interpretación, no hay ninguna norma que expresamente imponga atender a la buena fe para llevar a cabo dicha operación, si bien existe una aplicación concreta de dicho principio en el artículo 1288 del Código civil; como es sabido, ha sido la jurisprudencia la que ha desarrollado y dotado de con-

tenido al principio de buena fe en esta materia, mediante la formulación de reglas específicas en las que se concreta dicho principio. Finalmente, debe tenerse en cuenta que el artículo 7 del Código civil, a diferencia de su correlativo artículo 57 Código de comercio, impone la buena fe como parámetro de conducta para el ejercicio de cualquier derecho, y no solo los que nacen de los contratos.

En cualquier caso, los dos preceptos en los que se viene considerando plasmada la buena fe objetiva en el ámbito civil son los artículos 1258 y 7 del Código civil.

1. SENTIDO Y ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

Como es sabido, el artículo 1258 del Código civil contempla la buena fe como criterio de integración del contrato, en cuanto establece que los contratos no solo obligan a lo expresamente pactado sino a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a dicho principio. Precepto al que se remite de manera expresa la legislación específica para los contratos celebrados mediante condiciones generales (cfr. art. 10 bis.2 LCGC), así como la legislación de consumidores y usuarios (en virtud de una interpretación sistemática *ex art. 65 TR-LGDCU y su exposición de motivos*)¹⁶.

Siguiendo a GARCÍA AMIGO¹⁷ un análisis exhaustivo de la buena fe a que se refiere dicho precepto exigiría, de un lado, examinar qué significa, cuál es su origen histórico, cuál ha sido su tratamiento en el Derecho comparado y, como lo interpreta la doctrina y nuestro Tribunal Supremo. De otro lado, cuál sería su conexión, si es que la tiene, con dicho principio en la legislación de consumidores y usuarios, así como en la Ley de condiciones generales de la contratación, cuestión esta última a la que dedicamos otro epígrafe de este trabajo.

Por lo que ahora interesa, muy brevemente, tanto nuestra doctrina como los autores franceses y alemanes respecto de sus respectivos ordenamientos, señalan que el origen de la buena fe en el Derecho contractual moderno se encuentra en los *bonae fidei iudicia* del Derecho romano, que permitían considerar comprendidos en la relación contractual aquellos deberes no escritos, ni en el contrato (*lex contractus*) ni en la ley, más allá incluso del uso normativo o costumbre, pero que son exigidos para la obtención del fin contractual propuesto por las partes al contratar¹⁸. Estos antecedentes subyacen a lo dispuesto en los artículos 1134.3 y 1135 del Código civil francés¹⁹, y artículos 1375 y 1274 del Código civil italiano²⁰, que son los correlativos a los artículos 7 y 1258 del Código civil español, sin perjuicio de que haya matices en cada uno de ellos»²¹.

El artículo 1258 del Código civil español, como hizo en su día el Proyecto de 1851 (art. 978), recoge estos precedentes aunque introduce pequeños cambios: de una parte, en el artículo 1258 sustituye «equidad» por «buena fe», y, al igual que el francés, no establece ninguna jerarquización de las fuentes de integración; de otra parte, no regula la buena fe en la ejecución del contrato que solo aparece en el artículo 57 Código de comercio. Prescindimos en este momento del tratamiento que los preceptos citados han recibido en sus respectivos ordenamientos, así como en el texto proyectado español, ya que el análisis que interesa es, fundamentalmente, el de la doctrina y de la jurisprudencia española al desarrollar y, por tanto, dotar de contenido y operatividad a la buena fe a que se refiere el precepto citado. Este análisis permitirá fijar de manera precisa no solo las posibilidades que ofrece la buena fe objetiva que contempla dicho precepto sino también sus límites.

2. IRRUPCIÓN DE LA ÉTICA EN EL CONTRATO

El artículo 1258 del Código civil ha tenido tradicionalmente una interpretación y aplicación jurisprudencial efectiva relativamente escasa, que en los ochenta y noventa adquirió cierto impulso²², a pesar de que dicho precepto se ha utilizado en numerosas sentencias de manera puramente redundante o retórica sin trascendencia en su fundamentación jurídica ni en el fallo²³. En el momento presente, su interés ha resurgido como consecuencia de la regla de los llamados pactos sorpresivos o sorprendentes en los contratos con condiciones generales entre empresarios, en los que se considera que la buena fe prevista en dicho precepto constituye el fundamento para la aplicación de dicha regla, y la consiguiente expulsión de determinadas cláusulas del contrato.

En este sentido, es opinión prácticamente unánime en la doctrina que la buena fe en el ámbito del artículo 1258 del Código civil implica la sujeción del contrato a aquellos comportamientos o normas de conducta impuestas por la conciencia social directamente relacionados con la ética social vigente, significada por los valores de equidad, honradez, corrección, lealtad y fidelidad a la palabra dada. Así se ha venido entendiendo, con palabras idénticas o similares, desde la doctrina tradicional hasta la de nuestros días. Como fiel exponente de la primera, cabe citar a MUCIUS SCAEVOLA, quien explica que la buena fe equivale a «moralidad social, a equidad, a sujeción del contrato a aquellas normas de conducta colectiva que han de ser observadas por toda conciencia sana y honrada»²⁴. Definición que, con más o menos matices, ha sido reiterada por la doctrina posterior, no solo haciendo referencia a las normas de conducta que rigen en un determinado

contexto social y cultural, sino, además, resaltando su sujeción a determinados cánones éticos de manera explícita²⁵ o implícita²⁶.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se pronuncia en este mismo sentido al definir la buena fe como fuente de integración del contrato *ex* artículo 1258 del Código civil. Así, según la Sentencia de 12 de julio de 2002, tomada como referencia por otras posteriores, la buena fe a que se refiere dicho precepto es un concepto objetivo, que «opera en relación íntima con una serie de principios que la conciencia social considera como necesarios, aunque no hayan sido formulados por el legislador, ni establecidos por la costumbre o el contrato». Además pone de manifiesto su aspecto ético al añadir que «Supone una exigencia de comportamiento coherente y de protección de la confianza ajena...; de cumplimiento de las reglas de conducta ínsitas en la ética social vigente, que vienen significadas por los valores de honradez, corrección, lealtad y fidelidad a la palabra dada y a la conducta seguida»²⁷.

Ahora bien, conviene resaltar que la definición de la ética en el ámbito del Derecho no es algo que resulte directamente de las convicciones o concepciones imperantes en una comunidad histórica, sino que «Es un asunto de la clase o del estamento de los juristas, como únicos intérpretes posibles. Es una ética jurídica»²⁸.

Evidentemente, como ya se ha dicho, la buena fe no debe ser una puerta abierta por donde entre la subjetividad de las partes o del operador jurídico, pero, a la vez, si quiere cumplir su función, no puede someterse al rigor de la norma puramente objetiva²⁹. Como autorizadamente ha señalado DÍEZ-PICAZO, se entra en una zona fronteriza entre la moral y el Derecho, de difícil equilibrio entre la «justicia del cadí», puramente subjetiva y prácticamente arbitraria, y la aplicación mecánica de normas abstractas, generales e intemporales³⁰. La solución solo puede ser un Derecho judicial, dotado de unidad y homogeneidad y que tenga también una perspectiva de futuro, de manera que pueda proporcionar una idea de lo que puede esperarse de las decisiones judiciales. Ello exige una labor de análisis y clasificación de los criterios, al modo de los antiguos brocados o responsa, que es una labor de juristas y, en este sentido, cabría hablar, en efecto, de una «ética Jurídica», para ajustar la definición de buena fe en sentido objetivo, que será patrimonio de una clase, la de los juristas, y que puede no coincidir con el criterio social imperante en el mundo de los negocios.

Este aspecto de la buena fe tiene particular trascendencia en el ámbito del contrato *ex* artículo 1258 del Código civil: al establecer que las partes contratantes quedan obligadas «también» a lo que resulta de la buena fe, se está diciendo que aquel puede integrarse mediante la aplicación de criterios concretos y previsibles, que permitan a las partes representarse con claridad el alcance de las obligaciones y derechos que conforman la reglamentación del contrato.

Quizás esto se entienda de otro modo por quienes han sostenido que la idea de buena fe es, originariamente, de carácter técnico, por cuanto solo impone aquellos comportamientos que sean necesarios para dar al contrato «cumplida efectividad» atendiendo a la finalidad práctica pretendida por las partes o lograr el fin propuesto. Quienes defienden esta postura mantienen que la aparición del significado o concepción ética de la buena fe en nuestra doctrina y en nuestra legislación no irrumpe hasta los últimos años, ligada a la «irrupción de la ética en el campo de las relaciones jurídicas» (conforme a la exposición de motivos del título preliminar del Código civil 1974) que se concreta en el artículo 7.1 del Código civil por el que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe», y que se relaciona directamente con lo dispuesto en el artículo 1258 del Código civil³¹.

A mi juicio esta postura no nos parece defendible por las dos razones que se exponen a continuación.

Por una parte, contradice la interpretación mayoritaria del artículo 1258 del Código civil, que vincula desde el primer momento el concepto de buena fe a que se refiere el artículo 1258 del Código civil con el cumplimiento de las reglas de conducta que impone la ética social vigente. Por otra parte, el artículo 7.1 del Código civil no se relaciona directamente con el artículo 1258 del Código civil, si con ello quiere decirse que el alcance de la buena fe es el mismo en ambos preceptos. Aunque se citan algunas sentencias del Tribunal Supremo de los años ochenta y noventa con las que dice abrir una línea jurisprudencial que evidencia esta relación y, como consecuencia de ello, un cambio en el significado de la buena fe a que se refiere el citado artículo 1258, lo cierto es que estas sentencias no establecen una vinculación clara entre ambos preceptos, más allá de afirmar que la buena fe a la que se refieren ambos es la objetiva. Tampoco introducen ningún cambio respecto de la jurisprudencia anterior en lo que respecta a la definición de la buena fe *ex* artículo 1258 del Código civil³².

Abundando en las diferencias entre ambos preceptos, el artículo 7 del Código civil se ocupa de la buena fe como parámetro de conducta para el ejercicio de cualquier derecho. Como es sabido, este precepto fue introducido en nuestro Código civil con ocasión de la reforma de su Título preliminar en 1973, aunque en el ámbito mercantil el artículo 57 Código de comercio ya incorporaba la exigencia de cumplimiento y ejecución de los contratos mercantiles conforme a dicho principio. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han identificado conductas que constituyen aplicaciones concretas, algunas tipificadas legalmente, de dicho principio: así, la prohibición de actuar contra sus propios actos, el retraso desleal en el ejercicio de los derechos, el abuso de la nulidad por motivos formales, la facultad de rehusar el cumplimiento parcial cuando la parte que resta por cumplir sea exigua y

la exigencia estricta de los plazos contractuales, y la pretensión de cumplimiento cuando el objeto deberá ser restituido inmediatamente, entre otras³³.

Por lo que ahora interesa, aunque un buen número de resoluciones judiciales no distinguen entre los artículos 7 y 1258 del Código civil, algunas sentencias recientes de la Sala Primera del Tribunal Supremo sí lo han hecho, precisamente en el sentido de que el primero establece un principio general como límite del ejercicio de los derechos subjetivos con conexión con la figura del abuso del derecho mientras que el segundo se refiere propiamente a la integración del contrato. Así, según la STS de 21 de noviembre de 2016, aunque ambos preceptos tomen como referencia el principio de buena fe «su desarrollo o aplicación debe ser diferenciado», de modo que mientras que el artículo 7 se centra «en el principio general de la buena fe como límite del ejercicio de los derechos subjetivos, con una clara y expresa conexión con la figura del abuso de derecho», en el artículo 1258 del Código civil la aplicación de dicho principio «opera como criterio de integración del contrato»³⁴.

III. CONCRECIÓN DE LA BUENA FE COMO CRITERIO INTEGRADOR DEL CONTENIDO DEL CONTRATO

Una vez estudiado el significado general de la buena fe a que se refiere el artículo 1258 del Código civil, procede ahora abordar las concretas reglas de conducta que deben considerarse impuestas por dicho principio, algo que, como se viene diciendo, es absolutamente necesario para dotar de operatividad y de plasticidad a este concepto. La idea general es que lo establecido en este precepto no ampara cualquier comportamiento que responda a algo tan elástico como la honradez, corrección o lealtad en el tráfico, sino que debe concretarse en reglas específicas de conducta que, desde un punto de vista práctico, incumbe concretar a nuestros tribunales. A la hora de llevar a cabo esta labor deberá aplicarse un criterio, que no necesariamente tiene que ser de interpretación restrictiva³⁵, sino que debe ajustarse a reglas claras y precisas; el riesgo que debe evitarse es el de una interpretación excesivamente amplia, y por ello con cierto riesgo de discrecionalidad en la aplicación de este principio.

Las ideas expuestas, aunque no se formulan expresamente, subyacen a la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo relativa a la buena fe a que se refiere el artículo 1258 del Código civil. En efecto, un análisis exhaustivo de las sentencias dictadas en este ámbito evidencia que este principio no se utiliza para exigir cualquier comportamiento que venga significado por los valores antedichos de honradez, corrección, lealtad y fidelidad a la palabra dada sino que se refiere a comportamiento concretos. De

manera resumida, la buena fe *ex* artículo 1258 del Código civil comprende: de una parte, aquellos comportamientos necesarios para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención de los fines propuestos; y, de otra, los necesarios para preservar la equivalencia de prestaciones derivadas del contrato.

1. EL DEBER DE DAR CUMPLIDA EFECTIVIDAD AL CONTRATO

Según una interpretación tradicional, tomada de la jurisprudencia por MANRESA, y repetida en términos idénticos o similares por la doctrina y el Tribunal Supremo en innumerables sentencias posteriores, la buena fe que contempla el artículo 1258 del Código civil obliga a «dar al contrato cumplida efectividad en orden a la realización del fin propuesto, por lo que han de estimarse comprendidas en las estipulaciones contractuales, aquellas obligaciones que constituyen su lógico y necesario cumplimiento»³⁶. Con ello, como ha puesto de manifiesto la doctrina, se evidencia su relación con los *bonae fidei iuditia* en el sentido que ya anteriormente nos hemos referido³⁷. Dicha regla, a su vez, enlaza con la interpretación genuina del precepto que mantenían los primeros comentaristas del Código, conforme a la cual el contrato no solo obliga a lo expresamente pactado sino «a todo lo consustancial con ella, proveniente de cualquiera de los tres conceptos contenidos en el artículo, como si expresamente se hubiera convenido sobre ellos»³⁸, de lo que se desprende que la finalidad de dicho precepto es ampliar o completar, mediante la exigencia de deberes complementarios el deber de prestación que constituye el núcleo del concreto³⁹.

De manera más precisa, esta definición, de acuerdo con la exégesis del artículo 1258 del Código civil, no solo permite considerar comprendido en el contrato lo que sea estrictamente necesario para hacerlo efectivo, sino que se amplía, como decía BETTI, a «todo aquello que sea necesario para hacer llegar a la contraparte el pleno resultado útil de la prestación debida»⁴⁰. Quizás sea esto lo que quiera decirse con la expresión dar «cumplida efectividad» a la finalidad perseguida por las partes, en el sentido de que no solo obliga a aquello que sea necesario para cumplir con la finalidad común que, de manera general, derive de la naturaleza del contrato, sino a todo aquello que resulte de los particulares intereses de las partes. Así, dicha definición estaría conectada no solo con la consecución del «fin negocial común sino también con el particular y exclusivo interés de la contraparte». En nuestra doctrina, DÍEZ-PICAZO, considera como deber exigido por la buena fe, el de prestar colaboración y ayuda a la otra parte «para la consecución no solo del fin negocial común, sino también de su particular y exclusivo interés»⁴¹.

Algunos de estos deberes, siguiendo a BETTI⁴², han sido sistematizados por la doctrina, y, a su vez, han tenido el correspondiente reflejo en la jurisprudencia de la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo. De manera resumida, dichos deberes son los siguientes:

a) Deber de información

Lo primero que conviene aclarar es que el deber de información, como exigencia impuesta por la buena fe ex artículo 1258 del Código civil no se refiere al deber de informar sobre las cualidades del objeto y demás circunstancias que inducen a la celebración del contrato, que encuentran su correspondiente reflejo en las normas que regulan el consentimiento del contrato (arts. 1269 y 1270 CC)⁴³ o en otras normas específicas como el artículo 1483 del Código civil⁴⁴, sino a posibles deberes complementarios de dicha prestación, que contribuyen al cumplimiento satisfactorio del contrato para ambas partes (aunque también pueden llegar a tener trascendencia sobre la voluntad contractual).

Se refieren a este tipo de deberes varias sentencias del Tribunal Supremo, que merecen algún comentario. La STS de 9 de mayo de 2016 considera exigible en un contrato de compraventa de acciones la obligación, deducida de la buena fe, de comunicar al adquirente los conocimientos e información relativos a los procedimientos de producción. No resulta fácil entender la razón por la que el comprador de las acciones podría tener derecho a la utilización o explotación del local, que sería el único supuesto en el que tendría sentido considerar impuesta por la buena fe la exigencia de conocer el procedimiento de producción requerido por aquella. Una obligación similar se considera impuesta al adquirente de las acciones en la STS de 30 de junio de 2000; en el supuesto a que se refiere esta sentencia la Dirección General del Patrimonio del Estado transmite la totalidad de las acciones de una tercera entidad, y reclama los gastos y pérdidas sufridas como consecuencia de que esta última carecía de licencia de apertura que el contrato había establecido como existente. La sentencia en cuestión tampoco explica bien la razón por la cual la obtención de dicha licencia constituye una obligación contractual, aunque en el caso concreto parecía haber sido objeto de una especial estipulación⁴⁵.

En otras Sentencias, como la de 30 de enero de 2003, el Tribunal Supremo considera incumplida la exigencia impuesta por la buena fe de facilitar una información exacta y no controvertida relativa al régimen fiscal aplicable a la operación recomendada por un Banco a su cliente. El deber de informar se entiende reforzado por el elemento de «confianza» que subyace a la relación del cliente con el banco en aquellos casos en que la entidad

recomienda a este una operación determinada o la adquisición de determinados productos.

b) Deberes de fidelidad

Este deber puede entenderse connatural a determinado tipo de contratos en los que el elemento «confianza» reviste particular importancia, bien por la naturaleza del contrato bien por las particulares circunstancias en que este se celebra. Un supuesto particular de este tipo de deberes, es el de no competir, por ejemplo, en los supuestos de venta o transmisión de un negocio⁴⁶. En general, el Tribunal Supremo considera la competencia ilícita como un ataque a la buena fe exigible en todo contrato y, como tal, significativa de incumplimiento contractual (cfr. Tribunal Supremo de 6 de abril de 1988).

c) Deber de secreto

Como variante de este deber, la doctrina sitúa el deber de reserva o secreto, que impide divulgar, publicar o utilizar la información que recibe de la contraparte, más allá del deber de secreto impuesto en la legislación específica que regula algunas profesiones (por ejemplo, la profesión médica o de abogado).

Atendiendo a la jurisprudencia de la Sala Primera, este cuadro podría completarse con los siguientes deberes:

— Deber de colaboración con los intereses y necesidades de la otra parte. Cabe situar en este apartado obligaciones de distinto signo, cuya justificación se encuentra en el deber de colaboración que incumbe a cada una de las partes para que la otra pueda satisfacer de manera cumplida y plena sus intereses, para evitarle posibles daños o para que pueda cumplir a su vez lo que le incumbe. Este deber se ha concretado tanto en relación al contrato de compraventa⁴⁷ como en relación al contrato de obra⁴⁸. El Tribunal Supremo en ocasiones ha recurrido, además, a la necesidad de proteger la confianza mutua⁴⁹ o las expectativas legítimas y razonables de las partes⁵⁰, ya que se trata de supuestos en los que la «confianza» justifica la exigencia de un deber jurídico.

— Deber de no frustrar el buen fin del contrato. Se trata en este supuesto de que una de las partes contratantes provoque con su conducta la frustración del contrato⁵¹.

— Entrega de la cosa con utilidad para su destino, cuyo alcance, al igual que en el supuesto descrito más arriba, se ha concretado tanto en el

ámbito del contrato de obra⁵² como en el de compraventa⁵³. No obstante, este deber ha de entenderse aplicable a los contratos traslativos en general, y a los que versan sobre bienes muebles en particular⁵⁴.

— Para los contratos de tracto sucesivo, la exigencia de incluir todos aquellos deberes que puedan surgir durante el desarrollo y ejecución del contrato, incluido el momento de su extinción, a los efectos de que se produzca una ordenada liquidación de los mismos.

En la jurisprudencia más reciente, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en este sentido para el contrato de suministro «*just in time*» y el contrato de concesión. Así, las SSTs de 5 de octubre de 2016 y la de 19 de mayo de 2017, respectivamente, consideran exigible la obligación de comprar el stock al consumidor una vez finalizado de manera sobrevenida el contrato⁵⁵.

2. LA EXIGENCIA DE MANTENER EL EQUILIBRIO DEL CONTRATO

La buena fe a que se refiere el artículo 1258 del Código civil no se agota en la posibilidad de extender o ampliar el alcance de lo pactado en los términos que se han explicado en el epígrafe anterior, sino que, conforme a la interpretación mantenida por la Sala Primera del Tribunal Supremo, su ámbito de acción es más amplio. Efectivamente, según el alto tribunal, la buena fe puede utilizarse como elemento de corrección del desequilibrio de las prestaciones del contrato, en el sentido de que este criterio permite mantener o restablecer el equilibrio que resulta de lo pactado o querido por aquellas, cuando el deudor pretenda dar menos o el acreedor exigir más de lo que les corresponde. Aunque la cuestión se aborda más adelante, conviene aclarar ahora que, con ello en modo alguno se está justificando la posibilidad de que la buena fe pueda utilizarse como un instrumento de control de dicho contenido en contra de lo pactado o querido por aquellas. Es decir, no se trata de que dicho criterio permita corregir o alterar lo convenido por las partes por considerar que es injusto sino que, al contrario, se toma como base el equilibrio que resulta de lo pactado para impedir, como decíamos arriba, que el acreedor reclame más y el deudor pague menos de lo que legal o convencionalmente les corresponda. Se trata, en suma, de impedir que las partes, alteren de manera sobrevenida el esquema de justicia que resulta de lo pactado, lo que da lugar al correspondiente deber de mantener o restablecer, en su caso, el equilibrio originario.

Un buen exponente de esta doctrina es la STS de 17 de enero de 1986 anteriormente citada, en la que el criterio de la buena fe se utiliza, de un lado, para exigir al deudor todas aquellas consecuencias económicas necesarias para lograr el cumplimiento íntegro del contrato tras haberse producido el

incumplimiento culpable del deudor (en el caso a que se refiere esta sentencia se pide el cumplimiento correcto de una obra a raíz del defectuosamente realizado por los contratistas); y de otro, para impedir al acreedor que pueda escudarse en la buena fe para no cumplir con todo aquello a que venía legalmente obligado⁵⁶. De este modo, en lo que respecta al deudor, la buena fe se utiliza para justificar la exigencia de todas las consecuencias económicas necesarias para obtener el cumplimiento íntegro de lo pactado, aunque le resulte más oneroso que lo inicialmente convenido, en cuanto esta mayor onerosidad se debe al propio incumplimiento culpable del infractor; en este sentido se afirma que, lejos de ser contrario a la buena fe la exigencia de dichas consecuencias por alterarse el equilibrio o equivalencia de las prestaciones derivadas de lo pactado, lo que atentaría contra dicho principio sería la exclusión de dichas consecuencias.

La idea de mantener el equilibrio de las prestaciones del contrato subyace a la STS de 13 de febrero de 2002, también relativa a un contrato de obra, en la que se condena al dueño de la misma a satisfacer todos los daños derivados de su paralización, que se decidió de manera unilateral por aquel; se argumenta que resultaría contrario a la buena fe hacer recaer estos gastos sobre quien sufre las consecuencias de tal paralización, que es el contratista, por cuanto supondría un empobrecimiento de este con un correlativo enriquecimiento del comitente, no amparado por dicho principio.

En otro contexto, la STS de 20 de julio de 2015 también utiliza la buena fe en el sentido que se viene explicando. En esta sentencia, relativa a un contrato de leasing inmobiliario, la cuestión controvertida es determinar a quién debe repercutirse el alza significativa y sobrevenida de las cuotas de la comunidad de propietarios del inmueble, cuyo pago, según lo convenido inicialmente en el contrato, correspondía satisfacer al arrendatario financiero. Conforme a dicha sentencia, lo que se discute no es, como cuestión puramente interpretativa, a quien corresponde el pago de las cuotas de la comunidad conforme a lo pactado en el contrato, pues es claro que corresponde al arrendatario, sino si puede imputarse a este el alza de las mismas, lo que correctamente se sitúa por el tribunal en el plano de la integración *ex* artículo 1258 del Código civil. Según dicha sentencia, la buena fe impide «una modificación sustancial de la base económica — del contrato— tomada por referencia para la perfección del contrato y su posterior ejecución o desarrollo», sobre la base de que la cuantía inicial de las cuotas formó parte del acuerdo alcanzado «y de la confianza que informó al mismo». No creo que esta última expresión haga alusión a que el contrato en cuestión imponga un deber específico de «confianza» en este supuesto que justifique la necesidad de preservar el equilibrio de prestaciones sino que parece referirse más bien a que la cuantía de las cuotas sencillamente formaba parte del esquema contractual de mutuo conocimiento— y en este sentido puede

decirse «de confianza»— en el que se fija el intercambio de prestaciones y que, por tanto, nada aporta en el supuesto enjuiciado⁵⁷.

La buena fe no solo impone el deber de preservar o respetar el equilibrio o equivalencia de las prestaciones alcanzado en el momento de perfección del contrato, sino también el de reajustar aquel cuando, de forma sobrevenida, dicho desequilibrio se viese alterado por imposibilidad legal durante la vigencia o cumplimiento del mismo. Así el supuesto a que se refiere la STS de 26 de abril de 2018, relativa a una póliza colectiva de seguro sobre las personas en la que la asegurada es una empresa pública, se declara la imposibilidad legal de cumplir para esta en cuanto no se había consignado en la correspondiente Ley de presupuestos partida presupuestaria alguna, y sobre esta base, la resolución del contrato por imposibilidad legal de cumplir para la aseguradora; como consecuencia de ello, se impone el consiguiente reembolso de prestaciones percibidas por aquella dentro del mismo periodo atendiendo a la buena fe. Según dicha sentencia, la buena fe a que expresamente se remite el artículo 1258 del Código civil impide que en caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación «el deudor quede absolutamente liberado sin coste alguno cuando ya había ingresado en su patrimonio alguna contraprestación de la parte contraria», de tal modo que le incumbe devolver las prestaciones que con anterioridad hubiese recibido.

Finalmente, otras sentencias utilizan este criterio a modo de mero *obiter dictum*, en cuanto no constituye la *ratio decidendi* del caso, como la STS de 12 de julio de 2002, citada en este trabajo.

Hasta aquí las consecuencias de la regla impuesta por la buena fe consistente en la exigencia de respetar el equilibrio o equivalencia de las prestaciones de las partes. Ahora bien la equivalencia o equilibrio de prestaciones constituye, como es sabido, el fundamento de algunas figuras perfectamente delimitadas en la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Supremo, como es el caso de la cláusula *rebus sic stantibus*. Sobre esta base, es relativamente frecuente situar el fundamento legal de dicha cláusula en el concepto de buena fe del artículo 1258 del Código civil⁵⁸. Sin embargo, conviene advertir que el principio de buena fe que contempla este precepto responde a una finalidad distinta del que sirve de fundamento a la citada cláusula, aunque en ambos casos la idea que subyace sea la necesidad de preservar o mantener el equilibrio de prestaciones. Así, en el caso del artículo 1258 del Código civil, la buena fe, bien amplía el concreto alcance de las prestaciones que nacen de la reglamentación pactada del contrato, o bien impide que, alterando el equilibrio o equivalencia de las mismas que constituye la base del negocio, una pueda dar menos y la otra exigir más de lo que le corresponde. Sin embargo, la buena fe como fundamento de la cláusula *rebus sic stantibus*, tomando como base la necesidad de preservar el equilibrio o equivalencia de prestaciones, afecta a la propia eficacia del contrato, sea modificando los

términos del mismo, sea determinando su resolución (esto último a partir de las SSTS de 17 de enero y 26 de abril de 2013 conforme a la cual su aplicación no solo es revisoria).

A este respecto, la STS de 24 de febrero de 2015 considera conveniente delimitar la función del principio de buena fe contractual del artículo 1258 del Código civil respecto del que sirve como fundamento a la cláusula *rebus sic stantibus*. En el sentido que aquí se ha expuesto, sitúa el criterio que contempla el artículo 1258 del Código civil en el estricto plano de la delimitación del «alcance prestacional» que debe ser observado en el contrato, mientras que la función de dicha cláusula se centra «en el ámbito de la eficacia derivada del propio contrato, bien modificando provisionalmente el vínculo obligacional, o bien, determinando su resolución». Sin embargo, dicha sentencia adolece de cierta imprecisión cuando relaciona el principio de buena fe *ex* artículo 1258 del Código civil con «la ejecución o cumplimiento de las respectivas prestaciones de acuerdo a una conducta diligente, no abusiva y razonable de los contratantes», que son los rasgos definidores de la buena fe a que se refiere el artículo 7 del Código civil.

IV. LA BUENA FE COMO CRITERIO DE CONTROL DEL CONTENIDO DEL CONTRATO

En el apartado anterior se han explicado las consecuencias derivadas de la regla de respetar la equivalencia o equilibrio de prestaciones del contrato que, según la Sala Primera del Tribunal Supremo, tiene como fundamento la buena fe a que se refiere el artículo 1258 del Código civil. Como ya se había adelantado, dicha regla no permite excluir de la reglamentación contractual aquellos contenidos que, por producir un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, podrían calificarse como abusivos. Pero lo que ahora se cuestiona es si alguna otra interpretación del artículo 1258 del Código civil permite llegar a esa conclusión.

La *communis opinio* es que el artículo 1258 del Código civil no constituye una «regla de validez» en virtud de la cual puedan declararse ineficaces los pactos contrarios a la buena fe a que se refiere dicho contrato⁵⁹. Sin embargo, un sector autorizado de la doctrina ha defendido esta posibilidad respecto de los contratos con condiciones generales celebrados con quienes no son consumidores con fundamento en dicho precepto, cuestión de la que nos ocupamos en profundidad en el siguiente apartado. Baste por ahora con decir que el fundamento se sitúa en el artículo 1258 del Código civil tomando como punto de partida el argumento de que «No hay gran diferencia entre imponer un contenido contractual en contra de la voluntad de una de las partes y excluir un contenido contractual también en contra de

uno de los contratantes (el predisponente)»⁶⁰, argumento que, en abstracto, también sería aplicable a los contratos negociados.

A mi juicio, esta última interpretación no es defendible atendiendo a tres argumentos importantes, que los mismos autores que la defienden, reconocen, de una u otra forma, que se dan, y que no llegan a rebatir de manera satisfactoria.

El primero es que la aplicación de la buena fe como control del contenido del contrato contraviene abiertamente el principio de la autonomía de la voluntad. Frente a ello no cabe utilizar el argumento de que, en cierta manera, también se contradice dicho principio cuando se integra el contrato, al imponerse un contenido que no se ha pactado. Es claro que no se da un paralelismo absoluto entre ambas situaciones, por las razones que se dan a continuación.

La posibilidad de integrar la voluntad de las partes está justificada porque estas no pueden prever todos los aspectos que surgen en relación con el cumplimiento del contrato, razón por la que se permite cierto margen para desarrollar o complementar dicha voluntad sobre la base de lo querido por aquellas conforme a los criterios que recoge el artículo 1258 del Código civil. En todo caso, como se ha explicado con más detalle en otro lugar, estos criterios, incluida la buena fe no pueden ser utilizados para cubrir cualquier vacío de la reglamentación contractual, sino que solo se admiten para delimitar o desarrollar el alcance de lo pactado por las partes a partir de la voluntad común expresada por aquellas⁶¹. En rigor, no es lo mismo integrar aquellos aspectos que las partes no hayan previsto, que implica respetar su voluntad en los términos explicados, que contradecir —*contra dicere*— o contravenir lo que hayan previsto. Como hemos visto, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la integración del contrato conforme a la buena fe a que se refiere el artículo 1258 del Código civil se lleva a cabo mediante la aplicación de reglas concretas (de las que nos ocupamos en otro apartado) que, lejos de contravenir, supone favorecer la voluntad de las partes, mientras que la utilización de la buena fe para corregir o depurar su contenido supone dejar sin efecto aquella en lo que resulte contradictorio con dicho criterio.

El segundo argumento, de Derecho positivo, es que la buena fe no está prevista como límite a la autonomía de la voluntad de las partes en el artículo 1255 del Código civil (argumento difícilmente soslayable en los contratos con condiciones generales, como veremos, pero «infranqueable» en los contratos negociados). Tal omisión, en efecto, constituye un argumento de peso para excluir la buena fe como un criterio corrector del contenido del contrato, a pesar de que sí se incluye la moral, que puede considerarse en estrecha relación con ella. Es más, una interpretación sistemática del Código civil refuerza la interpretación de que este únicamente reconoce virtualidad a la moral, y no a la buena fe, puesto que cuando el contenido trasciende

a otros elementos del contrato, como la causa y el objeto, solo se atribuye virtualidad a la que se opone a la moral. Así, sucede tanto en los supuestos de causa ilícita y de causa torpe *ex* artículos 1275 y 1306 del Código civil, respectivamente⁶², como en el de ilicitud del objeto por resultar contrario a las «buenas costumbres» *ex* artículo 1271.2 del Código civil.

No obstante, ello no quiere decir que dicho cuerpo legal no atribuya ningún valor al principio de buena fe, sino que su control se realiza a través de las normas que regulan otro elemento del contrato, que es el consentimiento; en este sentido, es sabido que las normas regulan los vicios del consentimiento son una concreción objetivada de la buena fe, ya que este principio se integra en el supuesto de hecho de la norma, atendiendo a la situación de injusta vinculación de una de las partes contratantes.

Por último, en tercer lugar, la aplicación del artículo 1258 del Código civil exige que la integración del contrato se realice atendiendo a reglas claras y precisas (a las que nos hemos referido en un apartado anterior), aunque no necesariamente han de ser de interpretación o aplicación restrictiva; y, por tanto, no cabe extender dicho precepto más allá de los límites antedichos.

No es cuestión de hacer un repaso de todos los preceptos del Código civil pero todo lo dicho permite concluir que la buena fe no esté configurado legalmente como un límite de la autonomía privada; su falta de mención por el artículo 1255 del Código civil no es aleatoria ni un descuido del legislador sino que es conforme con una interpretación sistemática de dicho cuerpo legal.

Pese a todo, no puede ignorarse que en ocasiones, como ya se ha dicho, la buena fe se relaciona con la idea de «justicia» del contrato o mejor con la posibilidad de que dicho criterio se utilice para evitar su «injusticia». El argumento de que «el contrato tiene que ser justo» es «persuasivo», y parece que cualquier razonamiento que se base en el mismo goza de una predisposición a ser acogido. Si el contrato es la institución por excelencia del Derecho privado, ¿cómo no va a ser este permeable a la idea de «justicia», siquiera a la idea de justicia que más hiere los sentidos que es la «desigualdad» de trato entre las partes?. ¿Sería esto argumento suficiente para residenciar en la buena fe un control de contenido en el contrato que permita remediar o corregir esta «injusticia»?

La respuesta a esta cuestión no debe darse partiendo de posturas maximalistas (considerar como «dogma» el principio de la autonomía de la voluntad), ni realizando valoraciones en abstracto (como la que se hace más arriba) sino tomando como referencia el contexto del Código civil y la jurisprudencia que lo interpreta. Es sobradamente conocido que el Código se inspira en el principio de liberalismo económico, de libertad e igualdad en la posición de negociación de las partes, bajo los que cualquier injerencia ajena a las mismas se considera como algo perturbador y ajeno al sistema.

Responde a este esquema la regla general de que la causa debe existir pero no tiene que ser «adecuada», la prohibición de la rescisión por lesión, etc. De acuerdo con estas ideas se debe rechazar cualquier injerencia externa, incluida la de la buena fe, para expulsar del contrato algo que las partes han querido. En consecuencia, cualquier discusión relativa a la posibilidad de considerar la buena fe como un elemento de control del contenido del contrato no tendría mayor recorrido.

Desde un punto de vista teórico, cabría cuestionar si, de manera excepcional, sería admisible una corrección del contenido del contrato cuando durante su negociación quede patente que el negocio se ha gestado bajo alguna circunstancia que coloque a una de las partes en una situación injusta. En este caso lo injusto no sería solo el contenido sino también las circunstancias o condiciones bajo las que se ha gestado, poniendo en entredicho las condiciones de teórica igualdad y libertad en que se celebra el contrato. Sin ir más lejos este es el fundamento de la regulación de los vicios de la voluntad en el Código civil, aunque esta no agota todos los supuestos en los que la idea de justicia contractual (por falta de igualdad y/o libertad) de alguna de las partes queda en entredicho (por ejemplo, el contratante que contrata en situación de extrema necesidad o enfermedad). Se trataría, en suma, de situaciones en las que una de las partes de ha vinculado injustamente y, por tanto, su consentimiento puede considerarse, en sentido amplio, viciado, aunque el ordenamiento no le reconozca ningún efecto⁶³.

También desde un planteamiento puramente teórico, cabría argumentar que el ordenamiento jurídico no debería ser ajeno a las situaciones anteriormente descritas, en las que una de las partes, ya no es que esté en clara desventaja, sino que se aprovecha injustificadamente de la otra (las denominadas «tácticas inaceptables»), y que no parece cubrir la figura del abuso del derecho *ex* artículo 7 del Código civil, que se refiere, como su norma indica a situaciones en que lo es abusivo es el ejercicio del derecho no las circunstancias en las que se ha perfeccionado el contrato y, por ende, adquirido el mismo. Sin embargo, resulta entendible que el ordenamiento jurídico solo reaccione ante determinadas circunstancias, por considerar que revisten especial trascendencia, y en supuestos específicamente tasados, que en nuestro caso el propio Código civil contempla. Como dice DÍEZ-PICAZO, «más que en presencia de una dogmática categoría de las voluntades contractuales viciadas, nos encontramos en una serie de supuestos en los cuales lo que se hace es decidir la justicia o la injusticia de la perpetuación de la vinculación contractual. La decisión no recae tanto sobre si el necesario consentimiento se encontraba o no viciado, cuando sobre si es o no justo que ese contratante quede o no vinculado y continúe o no estándolo»⁶⁴.

Ahora bien, ello no obsta para que algunas de estas situaciones de vinculación injusta, como las que nos venimos refiriendo, puedan encontrar

una solución satisfactoria mediante la aplicación de reglas concretas que son consecuencia de la buena fe objetiva, como la necesidad de proteger la confianza de las partes; pero no por ello cabe atribuir a la buena fe, de manera generalizada, un efecto corrector de posibles desequilibrios del contenido de contrato, sino únicamente cuando se den los presupuestos para aplicar dichas reglas en casos concretos (y siempre de manera tasada).

Este sería, sin duda, el razonamiento a seguir para los contratos negociados, que descansan en la libre negociación de sus cláusulas por las partes, a quienes se presupone un conocimiento exacto de sus términos.

Cabría plantearse si este razonamiento puede trasladarse sin más a los contratos con condiciones generales o si debe introducirse alguna matización, dados los rasgos propios que caracterizan a este tipo de contratos. Es precisamente en este contexto, en el de los contratos celebrados mediante condiciones generales, en el que debe analizarse la regla de las cláusulas sorprendentes o sorpresivas admitida por la jurisprudencia en la contratación con condiciones generales entre empresarios (de las que después nos ocupamos). Sin perjuicio de lo que allí se explica, conviene aclarar ahora que en estos casos la ineficacia — ya veremos con qué efectos— de dichas cláusulas no se funda únicamente en un contenido injusto del contrato, producido por un desequilibrio de prestaciones de las partes, sino en la infracción de la buena fe del adherente al contratar bajo determinadas circunstancias. Como veremos, según la Sala Primera del Tribunal Supremo, la buena fe en estos casos se relaciona con la exigencia de respetar las expectativas legítimas del adherente que se ven injustificadamente defraudadas cuando se modifica de manera subrepticia el contenido del contrato que había representado el adherente. Aunque después se profundiza en este concepto, lo importante ahora es advertir que no se atenta contra la buena fe por la mera imposición o falta de negociación de las cláusulas del contrato (porque ello obligaría a considerar contrario a la buena fe cualquier contrato con condiciones generales cuyo contenido sea injusto para el adherente), sino que se requiere, haciendo nuestra la expresión que la Sala Primera ha utilizado en otros ámbitos, una «justificación añadida», a saber, que concurran las circunstancias que presupone la aplicación de las llamadas cláusulas sorpresivas.

V. CONTROL DE CONTENIDO EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS MEDIANTE CONDICIONES GENERALES. SU ADMISIÓN EN SUPUESTOS TASADOS

Como es sabido, los contratos celebrados mediante condiciones generales con consumidores están sometidas a un control específico de contenido por

abusividad (por desequilibrio en las obligaciones y derecho de las partes), control que no se permite cuando el adherente sea una persona que no sea un consumidor de acuerdo con los criterios aplicados por el TJUE para alcanzar dicha conclusión (básicamente que el objeto profesional no predomine en el contexto general del contrato)⁶⁵. Pero la cuestión que aquí se aborda es si, en general, estas condiciones pueden ser expulsadas o corregidas conforme a otra faceta o manifestación de la buena fe objetiva (distinta de aquella que exige una reglamentación justa y equilibrada del contrato) y, en su caso, a qué tipo de control se hallarían sometidas.

Dicha cuestión, como es lógico, no puede abordarse conforme a la dogmática clásica del contrato, basada en un conocimiento previo de su contenido, sino que debe plantearse teniendo en cuenta el déficit de autonomía privada que caracteriza a los contratos con condiciones generales, en cuanto la reglamentación contractual se establece por una sola de las partes contratantes⁶⁶. Este rasgo justifica que adquiera particular relevancia, y por ende se conceda mayor virtualidad, al principio de buena fe, en el sentido de que pueda considerarse contraria a este principio una cláusula que en otro tipo de contratos no lo sería⁶⁷. La cuestión es llegar a determinar cuál es el concepto o la faceta concreta de la buena fe que resulta aplicable a estos efectos, bien entendido que la aplicación específica de este principio no desplaza la aplicación de las normas que regulan los vicios del consentimiento (principalmente, las que se refieren al dolo incidental) que, con las necesarias adaptaciones, «confluyen y se yuxtaponen»⁶⁸, sin entrar ahora en las dificultades prácticas que plantea su delimitación.

1. INADMISIÓN DE LA BUENA FE *EX* ARTÍCULO 1258 COMO CONTROL DE CONTENIDO

Antes de que se aprobara la LCGC algunos autores habían propuesto residenciar en el artículo 1258 del Código civil un control de contenido de los contratos con condiciones generales, entendiendo que la buena fe a que se refiere dicho precepto puede utilizarse como criterio para llevar a cabo este control⁶⁹, tesis que se defiende después por otros autores⁷⁰.

Como se ha explicado en el apartado anterior, el argumento principal en el que se funda esta interpretación, a saber, que no hay diferencia entre la buena fe con función integradora *ex* artículo 1258 del Código civil y la buena fe como criterio de exclusión o control de contenido del contrato en contra de lo declarado por las partes, no es, en absoluto defendible: una cosa es completar o desarrollar con criterios objetivos lo querido por las partes y otra, muy distinta, expulsar o corregir determinados contenidos en contra de lo que se dice querido por aquellas (aunque ese contenido no sea

propriadamente negociado), en cuanto lo prohíbe el principio de autonomía privada que, aunque de forma más limitada, también rige en dichos contratos⁷¹. La vinculación de dicho principio no puede considerarse desplazada *de facto* simplemente porque la parte que se adhiere al contrato adolece de falta de voluntad. La falta de voluntad, o el déficit de autonomía, tiene, ciertamente, consecuencias importantes de régimen aplicable (a alguna de las cuales ya nos hemos referido), pero ninguna de ellas permite alcanzar el resultado de prescindir de la voluntad expresada en el contrato únicamente porque una de las partes se haya adherido a su contenido.

Parece que la idea originaria de acudir al citado artículo 1258 del Código civil deriva de entender que las condiciones generales no son, propiadamente, producto de la autonomía privada, sino que sencillamente concretan o explicitan las normas que serían aplicables por medio de la integración del contrato con arreglo a los criterios de dicho precepto, esto es, la buena fe, el uso y la ley⁷²; aunque después se ha matizado que, no es tanto que las condiciones tengan valor meramente declarativo de las fuentes a que se refiera dicho precepto, sino que solo vinculan en la medida que establezcan una regla contractual que sea conforme con aquellas y, en particular, con la buena fe⁷³. En otras palabras, se entiende que, a falta de un consentimiento auténtico de las partes será necesario — a través del control de contenido — que este se ajuste a las fuentes que prevé el artículo 1258 del Código civil para desarrollar o completar lo querido por aquellas (lo que es válido para «integrar» la voluntad contractual se entiende que también lo es para «filtrar» o «controlar» el contenido de las cláusulas predispuestas, que no han sido propiadamente consentidas).

El control de contenido a través de las fuentes que contempla el artículo 1258 del Código civil también se ha intentado fundar en que los posibles abusos que puedan sufrir quienes se adhieren a un contrato con condiciones generales tienen que reconducirse directamente por la vía de las normas generales imperativas y prohibitivas previstas en la legislación común, una de las cuales se dice ser, precisamente, dicho precepto y su mención a la buena fe⁷⁴. Este argumento descansa en la misma premisa que se acaba de cuestionar, que es considerar aplicable a este supuesto un precepto, que por mucho que tenga carácter imperativo, solo ofrece criterios legales para integrar el contenido del contrato y no para su depuración, de modo tal que el concepto de buena fe que el mismo contempla, como ya se ha explicado, no comprende ninguna regla que permita corregir o dejar sin efecto lo pactado. Tampoco nos parece que pueda alcanzarse dicho resultado por la vía de entender que cualquier cláusula o condición general que contravenga la buena fe será nula «por inmoral o abusiva», y ello da lugar a que la laguna tenga que integrarse precisamente mediante el criterio de la buena fe⁷⁵. Aparte de la ambigüedad que supone hablar de cláusula inmoral o abusiva,

la buena fe interesa aquí como criterio corrector o depurador del contrato y no como criterio de integración en caso de nulidad.

A mi juicio, es incuestionable que, desde un punto de vista puramente teórico, el déficit de autonomía privada justifica un control adicional de contenido y que, en su caso, el criterio o instrumento de control aplicable debe ser la buena fe. Lo que puede estar sujeto a discusión es la faceta o versión de dicho principio que sería aplicable como elemento corrector o depurador del contenido del contrato con condiciones generales. En este concreto aspecto discrepo con las autorizadas opiniones antes expuestas, en el sentido de que no cabe aplicar el concepto de buena fe a que se refiere el artículo 1258 del Código civil, ni las concretas reglas que de este derivan, sino que el concepto debe ser otro, con diferencias importantes en el resultado práctico que se alcanza, atendiendo a los supuestos a los que uno y otro se aplican y a los efectos derivados de su contravención.

En la contratación con consumidores, el control de contenido a través de la buena fe se articula por medio del control de abusividad que contempla su legislación específica. De acuerdo con ello, es claro que la buena fe se relaciona con la confianza del adherente en una reglamentación justa o equilibrada, de tal modo que su no defraudación exige que no cause «un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes» conforme a los artículos 83 TR-LGDCU y 8.2 LCGC. Este mismo concepto subyace en otros casos en los que la ley de manera expresa introduce un control específico de contenido a través del concepto de abusividad, aunque no se trate propiamente de contratos con consumidores. Es el caso de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (cfr. art. 9 que contempla un supuesto específico de nulidad por abusividad para aquellas cláusulas o prácticas «manifiestamente abusivas» que se refieran a determinados elementos)⁷⁶, así como la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías (cfr. arts. 41.3, por remisión al precepto anterior, y 38.4)⁷⁷.

El problema es que, a falta de previsión específica, no cabe fundar directamente en la buena fe un control de contenido por abusividad. Pero tampoco cabría hacerlo, de manera indirecta, por la vía del artículo 1258 del Código civil, que, como se ha analizado en otro apartado, no permite considerar incluida en su ámbito de aplicación ninguna regla que exija una ponderación equilibrada de los intereses de ambos contratantes. En las pocas resoluciones en las que la Sala Primera ha abordado de manera expresa esta cuestión, como en la STS de 30 de abril de 2015, relativa a un contrato con condiciones generales de vivienda sobre plano excluido del ámbito de la legislación de consumidores y usuarios la posibilidad de llevar a cabo un control de contenido conforme a la buena fe⁷⁸. Tras declarar que, al no tener la condición de consumidor el comprador no resulta aplicable el régimen

de nulidad por abusividad, el Tribunal Supremo señala que lo dispuesto en el artículo 1258 del Código civil no permite pretender «que se declare la nulidad de determinadas condiciones generales que deban ser expulsadas de la reglamentación contractual y tenidas por no puestas, y que, en su caso, puedan determinar la nulidad total del contrato».

Con posterioridad, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la exclusión del control de contenido por abusividad (también concreción de la buena fe), como argumento para excluir el control de transparencia de las condiciones generales que afectan a los elementos esenciales del contrato. La STS de 3 de junio de 2016, dictada por el Pleno de la Sala Primera, ha declarado de manera tajante que el control de transparencia, debido a su conexión con el juicio de abusividad (en cuanto la falta de aquella trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor), no puede aplicarse a los contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor, de manera acorde con las previsiones de los Principios europeos de Derecho Europeo de los Contratos; doctrina reiterada después, entre otras, por las STS de 20 de enero y 30 de enero de 2017⁷⁹. No obstante, como veremos, la sentencia del Pleno, deja apuntada la posibilidad de que la buena fe pueda utilizarse como criterio para expulsar del contrato algunas cláusulas, pero no por contravenir, de forma genérica —con la extensión que cabe le atribuye el artículo 1258 del Código civil— el principio general de la buena fe, sino por infracción de una faceta muy concreta de esta en los términos que después nos referimos (posibilidad que parecen confirmar otras posteriores).

No es exacto afirmar, por tanto, que la jurisprudencia española de manera generalizada —al menos no la Sala Primera—, venga haciendo uso del artículo 1258 del Código civil como una norma de validez contractual, en los mismos términos que establece la legislación de consumidores y usuarios para los contratos comprendidos en su ámbito de aplicación, ni se acepta como indiscutible que los tribunales puedan fundar en dicho precepto la nulidad de aquellas cláusulas que sean contrarias a las exigencias del equilibrio contractual⁸⁰.

Llegado este punto, la única posibilidad de utilizar la buena fe como criterio de control de contenido de los contratos con condiciones generales será a través del cauce —estrecho— de la buena fe relacionada con la regla de las expectativas legítimas a la que nos referimos a continuación.

2. LA BUENA FE COMO «CONFIANZA»: LA REGLA DE LAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS

Como acaba de decirse, que la buena fe no se admita, en general, como criterio modelador del contenido del contrato con condiciones generales, no

supone que dicho principio no juegue ningún papel en este ámbito (más allá de los supuestos específicos ya señalados). Dicho control tiene entrada a través de la llamada regla de los pactos sorprendentes a la que nos referimos con más detalle en el siguiente apartado, con arreglo a la cual podrían declararse ineficaces aquellas cláusulas que atentan contra la buena fe, no por tener un carácter desequilibrado (o abusivo), sino porque debido a su carácter sorpresivo o sorprendente, defraudan las legítimas expectativas del adherente⁸¹.

Como se explica después, la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha mostrado favorable a aplicar esta regla respecto de las condiciones generales que afectan a los elementos esenciales del contrato, aunque nada impide que se haga extensiva, con los debidos matices, a las que no se refieren a dichos elementos. En efecto, si, como suele decirse, el adherente firma sin tener que leer ni conocer el contenido de las cláusulas con mayor razón debería poder confiar en que los contenidos que no se ajusten a sus expectativas no le afecten. Se tratará de una faceta de la buena fe impuesta por el principio de protección de la confianza legítima (y no como rectitud y honradez de comportamiento *ex art. 1258 CC*), que es una consecuencia derivada de la buena fe lo suficientemente asentada en nuestra doctrina y en nuestra jurisprudencia, como para fundar en ella la protección del adherente en este supuesto, a pesar de no estar recogida u objetivada en una norma concreta.

No cabría argumentar en contra que no resulta posible proteger la confianza del adherente por no existir en este tipo de contratos un consentimiento auténtico del adherente, en cuanto este no consiente propiamente el contenido de las cláusulas. A mi juicio, una cosa es que el consentimiento no actúe de igual modo que en los contratos negociados y otra muy distinta que no actúe: aunque el adherente no consiente propiamente el contenido concreto de las cláusulas generales, presta aquel sobre la base de que el contrato se ajusta a unas previsiones razonables (las previsiones del «buen padre de familia»), que no son otra cosa que las expectativas legítimas a las que se refiere la regla a que nos hemos referido. Estas expectativas nacerán, como se explica después, de las condiciones objetivas del mercado (tipo de contrato y sector en el que se sitúa) y las circunstancias personales que rodean a su celebración (tratos previos y proceso de negociación); expectativas que el adherente podría legítimamente albergar por tratarse de un contrato con condiciones generales utilizadas de manera repetida y uniforme en sectores concretos del mercado (contratación en masa).

De acuerdo con este razonamiento, podrán considerarse contrarias a la buena fe, por ejemplo, aquellas cláusulas que de manera injustificada o inesperada se aparten de la regulación que suele ser habitual en el mercado para un tipo de contratos o de los usos aplicables en relación al mismo, cuando estas normas son las que legítimamente podía esperar el adherente

teniendo en cuenta todas las circunstancias —personales y del mercado— que rodean a la celebración del contrato. Quizás a este mismo resultado pudiera llegarse en casos concretos, con los necesarios matices, por quienes defienden la aplicación del régimen que resulta del artículo 1258 del Código civil, que exige atender a la ley dispositiva y a los usos y, en defecto, de ambos, por la buena fe.

Cabría, por tanto, llevar a cabo un control específico del contenido de las condiciones generales a través de una regla o manifestación concreta de la buena fe entendida como protección de la confianza, a través de la regla de las expectativas legítimas (o los llamados pactos sorprendentes) que, es, a todas luces, un control limitado. En todo caso, en rigor, el «contenido» desequilibrado o injusto de las cláusulas *per se* no es lo que contradice las exigencias de la buena fe —por ello no se corresponde con un control de abusividad— sino que se requiere que este sea consecuencia de la vinculación injusta del adherente por haberse defraudado de manera injustificada su confianza, en cuanto dicho contenido no se ajusta unas previsiones legítimas y razonables.

En suma, la doctrina de las expectativas legítimas, como concreción específica de la buena fe (y no las concretas reglas de integración del art. 1258 CC) permitiría residenciar en dicho principio un control de contenido de las condiciones generales allí donde no pueda operar el específico control de abusividad previsto en la ley. No es solo que, conceptualmente, se trate de versiones o facetas distintas de un mismo principio: la buena fe como confianza del adherente en una reglamentación del contrato que se ajuste a sus expectativas, y la buena fe como criterio de integración, mediante reglas concretas, para desarrollar o completar lo querido por las partes. Es que la aplicación de una y otra requiere que se den los requisitos necesarios para justificar su aplicación, lo que en el caso de la buena fe como protección de las expectativas legítimas exige, principalmente, la justificación de dichas expectativas. Nos ocupamos a continuación de los requisitos y efectos que lleva asociados la aplicación de esta doctrina, al hilo de su aplicación en las condiciones generales que se refieren a los elementos esenciales del contrato en contratos que no están sujetos a la regulación específica de protección a los consumidores, que es donde, hasta el momento, ha tenido más recorrido.

VI. LA BUENA FE COMO FUNDAMENTO DE LOS «PACTOS SORPRENDENTES» EN LAS CONDICIONES GENERALES QUE SE REFIEREN A LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO

Un sector de la doctrina ha defendido la posibilidad de residenciar en la buena fe un control de contenido de las condiciones que se refieran a

elementos esenciales en la contratación con empresarios, ante la imposibilidad de llevar a cabo un control de transparencia. Esta interpretación es la que parece sugerir también el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo al plantear, con carácter *obiter dictum*, la posibilidad de aplicar a estos contratos un control abstracto de contenido basado en la buena fe objetiva que tendría su fundamento en la mencionada regla de los pactos sorprendentes (y que se dice tener anclaje en el art. 1258 CC).

1. CONTROL DE CONTENIDO CONFORME A LA BUENA FE COMO ALTERNATIVA AL CONTROL DE TRANSPARENCIA (STS 367/2016, DEL PLENO DE LA SALA PRIMERA)

El punto de partida se sitúa en el llamado control de transparencia material de la contratación con condiciones generales con consumidores introducido por la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo a partir de la conocida STS de 9 de mayo de 2013. Como es sabido, sin entrar en un análisis detenido de esta cuestión, la citada sentencia se ocupa del contenido y las consecuencias de este tipo de control (diferente del mero control de inclusión o incorporación), al examinar la validez de las «cláusulas suelo» en un contrato de préstamo hipotecario a interés variable, en un supuesto en el que el consumidor no contaba con un interés fijo mínimo (por la forma en que se redactaron y presentaron las cláusulas predispuestas). En esta sentencia, y otras muchas posteriores, se utiliza el llamado «control de transparencia» como parámetro de validez de las condiciones generales que, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica (esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial que supone a cambio de la prestación económica que se quiere obtener) como la carga jurídica del contrato (es decir, definición clara de su posición jurídica).

Pues bien, el Tribunal Supremo considera que aquellas cláusulas que no superan el control de transparencia son directamente abusivas en contratos con consumidores; abusividad que, sin embargo, el contratante no consumidor no puede alegar ya que el legislador no ha dado el paso de extender este último tipo de control a las condiciones generales con independencia de que los adherentes sean consumidores o empresarios. Así lo declara, por todas, la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 (que contiene un extenso voto particular en sentido contrario del magistrado ORDUÑA MORENO).

Por lo que ahora interesa, esta sentencia parece apuntar la posibilidad de fundamentar en la buena fe un control abstracto de contenido que permitirá expulsar del contrato aquellas cláusulas que resulten contrarias a dicho

principio. Posibilidad que parece amparar la exposición de motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), cuando señala que para las condiciones generales entre profesionales puede existir «abuso de posición dominante» con sujeción a las normas generales de nulidad contractual, en cuyo caso podría declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva «cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes...». Aunque no se expresa cuál es el significado y alcance de la buena fe en este supuesto parece — y con todas las reservas inherentes a un texto que carece de valor normativo— que esta no se identifica con el mero desequilibrio de derechos y obligaciones del contrato (control de contenido por abusividad) sino que, según su literalidad, tiene que ser contraria a la buena fe y además causar dicho desequilibrio.

La Sentencia del Pleno arriba mencionada relaciona lo declarado en la exposición de motivos con la buena fe a que se refieren los artículos 1258 del Código civil y 57 Código de comercio, en los que parece situar el fundamento legal para expulsar del contrato aquellas cláusulas o pactos que contravengan dicho principio. Sin embargo, a continuación, aunque la redacción es algo confusa, limita la eficacia de la buena fe a aquella faceta de la misma que sirve de fundamento a los llamados «pactos sorprendentes», entendiéndolo como tales «aquellas cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente». Conviene insistir —para lo que se explica después— que se trata de cláusulas con un contenido muy concreto, esto es, aquellas que resulten tan insólitas de acuerdo con la naturaleza y circunstancias concretas de la celebración del contrato, que «modifican de manera subrepticia» las expectativas razonables del adherente sobre el contenido del contrato. El Tribunal sitúa, en última instancia, el fundamento de la exclusión de estos pactos en la doctrina de las expectativas legítimas, aunque anteriormente se haya referido al artículo 1258 del Código civil para justificar la aplicación de la buena fe.

Del escueto desarrollo que realiza la Sala Primera de esta regla, aunque se trata de un pronunciamiento *obiter dictum*, cabe extraer una idea básica aunque no se expresa con mucha claridad: la contravención de la buena fe no guarda relación con cualquier contenido desequilibrado del contrato (control de abusividad), sino con aquellas cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición del adherente como consecuencia de la «alteración subrepticia» de dicho contenido. Hubiera sido mucho más claro, si es lo que quería decirse, declarar expresamente que la buena fe exige respetar las

expectativas legítimas del adherente —a las que se refiere en el siguiente párrafo— que resultan injustamente defraudadas como consecuencia de una alteración subrepticia del contenido esperado del contrato prevaliéndose de la posición dominante que tiene el predisponente en el mismo. Sin embargo, de una manera más ambigua, se dice que es contrario a la buena fe el hecho de intentar sacar ventaja de la predisposición e imposición de las cláusulas que perjudican al adherente en el supuesto anteriormente descrito, aunque pueda deducirse que dicha ventaja se obtiene precisamente mediante la modificación subrepticia del contenido del contrato. Parece seguir la misma línea, la STS de 30 de enero de 2017 cuando considera que la faceta de la buena fe que subyace a los pactos sorprendentes conecta con la mención que realiza la exposición de motivos de la LCGC al «abuso de posición dominante», en el sentido de que el predisponente hace «un mal uso» de su capacidad de imposición de las condiciones generales.

En cualquier caso, no es exacto recurrir a la buena fe objetiva a que se refiere el artículo 1258 del Código civil (y mucho menos el artículo 57 del Código civil que nada tiene ver con este precepto). De una parte, como ya se ha explicado, desde un punto de vista teórico, atenta contra la lógica que un precepto que regula los criterios de integración del contenido del contrato (incluida la buena fe) sobre la base de lo expresamente querido por las partes, se pueda utilizar como criterio corrector o depurador de su voluntad. De otra parte, la buena fe a que se refiere el artículo 1258 del Código civil (entendida como comportamiento de honradez y lealtad en el tráfico), es una faceta distinta de la buena fe que subyace a la regla de los pactos sorprendentes (la buena fe como confianza), que requiere la concurrencia de requisitos específicos, sin perjuicio de que en supuestos concretos se puedan aplicar ambas⁸². En suma, se trata de conceptos o facetas distintas de la buena fe o manifestaciones diferentes de dicho principio. Estas consideraciones tienen no solo importancia teórica sino, como veremos, también práctica a la hora de deducir los efectos asociados a la infracción de la buena fe que subyace a los pactos sorprendentes.

2. LA REGLA DE LAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS COMO MECANISMO ESPECÍFICO DE CONTROL DE ESTE TIPO DE PACTOS

Como ha señalado la doctrina, la figura de las cláusulas sorpresivas se ha venido utilizando por la doctrina y por la jurisprudencia en el ámbito del contrato de seguro con condiciones generales. En este último ámbito, el Tribunal Supremo ha acudido a esta figura a los efectos de considerar dichas cláusulas como limitativas de derechos (y no meramente delimitadoras del riesgo) y, por tanto, sujetas al cumplimiento de mayores exigencias formales

para asegurar su conocimiento por parte del asegurado. Se recuerda que la doctrina de las cláusulas sorprendivas es una construcción de la jurisprudencia alemana «en virtud de la cual se negaba la validez de aquellas disposiciones cuya presencia en el contrato podía considerarse razonablemente como una sorpresa para el cliente». Y sobre esta base se enuncia aquella en el sentido de que «no se consideran incorporadas al contrato aquellas que, de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la propia naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el adherente no hubiera podido contar racionalmente con su existencia»⁸³. No obstante, dicha figura no ha tenido un reconocimiento expreso en nuestro Derecho positivo, aunque se recuerda que ello no significa que carezca de virtualidad, por cuanto existen indicios normativos que evidencian su acogida implícita en la Disposición Adicional 1.^a de la LGDCU de 1984 (anterior al Texto Refundido) y en el ámbito de la Ley del contrato de seguros (en adelante, LCS)⁸⁴.

La cuestión más importante que suscita esta regla es si su aplicación requiere un control específico con fundamento en la buena fe (sin prejuzgar en este momento si se trata o no de auténtico control de contenido y de cuál sea la faceta o concreto aspecto de la buena fe a que se refiere). O si, por el contrario, el mismo resultado puede obtenerse bien mediante la aplicación de las normas generales en materia de vicios del consentimiento (control de consentimiento) bien mediante mecanismos específicos de control establecidos en la legislación de condiciones generales (principalmente control de incorporación).

La cuestión no solo tiene importancia teórica en un trabajo como el presente, dedicado a la buena fe objetiva, sino también consecuencias prácticas relevantes de régimen jurídico aplicable. En el caso de que fuera necesario un control específico con fundamento en la regla de las expectativas legítimas, la consecuencia será, como veremos, el restablecimiento de las expectativas que hayan sido defraudadas, y no necesariamente su nulidad o expulsión del contrato. Por el contrario, si fuera posible llevar a cabo un control de consentimiento deberían aplicarse las consecuencias legalmente establecidas (como veremos, básicamente, indemnizatorias por la vía del dolo incidental). Finalmente, si se entendiera que los pactos sorprendentes se deben atajar a través de un específico control de incorporación podría predicarse como efecto necesario la nulidad (por no incorporación).

Tratándose de cláusulas que contienen elementos esenciales hay que tener en cuenta dos ideas fundamentales: la primera es que sobre dichos elementos recae un verdadero consentimiento de las partes⁸⁵, como tal, susceptible de ser anulado por vicios del consentimiento (aunque, su aplicación deba hacerse con las adaptaciones necesarias por estar recogidos en condiciones generales); la segunda, que a pesar de ser un contrato con condiciones generales, actúa el principio de la autonomía de la voluntad, de tal modo

que quien contrata debe conocer sus cláusulas (antes de firmar debe leer y no puede excusarse en que estas no están para ser leídas) y queda vinculado por su contenido, sin perjuicio de las oportunas matizaciones o adaptaciones que se deban realizar al aplicar reglas generales de la contratación como consecuencia de que dichos elementos estén recogidos en cláusulas de carácter predispuesto o no negociado.

Se parte, por tanto, que la legislación específica de los contratos celebrados mediante condiciones generales no desplaza —teóricamente— las normas generales que regulan los vicios del consentimiento⁸⁶, sin perjuicio de que el mismo resultado pueda, en su caso, obtenerse más fácilmente mediante mecanismos específicos de control que tengan un encaje en los legislación (aunque no vengan expresamente establecidos por aquella)⁸⁷. Por tanto, para llegar a una conclusión definitiva acerca de los mecanismos de control que pueden darse, se debe analizar, primero, qué tipo de vicios se pueden producir —y si tiene sentido aplicar las normas que los regulan— en este concreto supuesto; y, segundo, valorar si se dan mecanismos de control específicos para los contratos con condiciones generales.

En lo que respecta a la primera cuestión, el supuesto, en teoría, podría reconducirse a la concurrencia de dolo o error. Sin embargo, no tendría sentido aplicar las normas que regulan aquellos (al menos cuando el dolo sea grave), debido a su eficacia invalidante del contrato, y no exclusivamente de la cláusula en cuestión⁸⁸. Ello no obsta para que, cuando el dolo no tenga trascendencia impugnatoria, y sea incidental, pueda aplicarse el régimen que prevé el citado artículo 1270.2 del Código civil para este y se pueda alcanzar una solución —relativamente— satisfactoria en el supuesto que nos ocupa, en cuanto puede mantenerse vigente el contrato con la correspondiente indemnización (es cuestionable que, además de la indemnización por equivalente el adherente pueda optar por exigir lo que aquel pudo legítimamente representarse, a modo de prestación *in natura*⁸⁹). Ello exigirá, lógicamente, que el conflicto que subyace a los pactos sorprendentes permita apreciar que se ha producido el engaño característico del dolo, incluso en su modalidad de dolo incidental.

En lo que respecta a la segunda cuestión, relativa a la posibilidad de aplicar medios específicos de control, cabría distinguir, en teoría, dos tipos de control para los contratos con condiciones generales:

a) Control de incorporación.— Con carácter previo, sería cuestionable si la regla de los pactos sorprendentes pudiera reconducirse al control de incorporación⁹⁰, mediante una regla en la que de manera expresa se estableciera su prohibición. Este es el criterio incorporado por los Principios UNIDROIT y algunas propuestas legislativas españolas al declarar de manera expresa la ineficacia por no incorporación de los pactos que tengan

un contenido sorprendente. Asimismo este criterio se ha defendido por un sector de la doctrina en relación al control de transparencia que afecta a los consumidores⁹¹, y es la que corresponde a la opinión del Voto particular que incorpora la STS de 3 de junio de 2016 (Ponente: ORDUÑA MORENO).

Sin entrar ahora en un estudio exhaustivo de la cuestión, en contra de este planteamiento cabe esgrimir —principalmente— que, a falta de una previsión legal expresa, no cabe ampliar los requisitos de incorporación más allá de los requisitos formales a los que se refiere el artículo 5 LCGC para albergar otro tipo de control más exigente relacionado con el contenido (*vid.*, PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F. 2016, 9-11).

Lo dicho no impide que el conflicto que subyace a los pactos sorprendentes (alteración injustificada e inesperada de las expectativas del adherente) obtenga, en algunos casos, una solución satisfactoria por la vía del control de incorporación, aplicable a todos los contratos con condiciones generales, si se incumpliera alguno de los requisitos incluidos en este tipo de control. Estos requisitos no solo exigen que las cláusulas sean claras y comprensibles sino también susceptibles de ser conocidas, algo que, como mero control de cognoscibilidad, entraría en el ámbito del control de incorporación o de inclusión. Este es el argumento en el que la reciente STS de 11 de marzo de 2020 fundamenta la nulidad de la cláusula suelo incluida en un contrato celebrado por persona que no tenía la condición de consumidor; esto es, en la medida que el predisponente incumplió los deberes de información que le imponía la Orden EHA 2889/2011, de 28 de octubre (no entrega de la ficha FIPER ni advertencia explícita de la cláusula por notario), se entiende que los prestatarios no tuvieron oportunidad real de conocer la —mera— existencia de la cláusula suelo y, sobre esta base, que no fue correctamente incorporada al contrato.

Ahora bien, a simple vista se advierte que la posibilidad de reconducir algunos problemas que subyacen a los pactos sorprendentes al control de incorporación no agota todos los que pueden plantearse. Sin entrar ahora en un análisis exhaustivo de esta cuestión, fácilmente se advierte que la defraudación de las expectativas puede producirse, aunque se cumpla con los requisitos de cognoscibilidad impuestos por la ley, si la información facilitada no es suficiente para impedir que se defrauden las expectativas que de manera legítima pudo representarse el adherente. Desde un punto de vista práctico, la nueva regulación impuesta por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, reducirá la posibilidad de que se den pactos sorprendentes para los contratos comprendidos en su ámbito de aplicación, aunque la figura de los pactos sorprendentes no solo se aplica en este tipo de contratos.

b) *Control de contenido mediante la buena fe.*— La segunda posibilidad sería fundar directamente en la buena fe, o en una faceta concreta de aquella, un control específico de contenido para este tipo de pactos.

Como se ha dicho, el Pleno de la Sala Primera (a raíz del pronunciamiento *obiter dictum* de la STS de 3 de junio de 2016) parece atribuir virtualidad a este tipo de control respecto de las condiciones que se refieren a elementos esenciales del contrato, cuando se refiere expresamente a «la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato» en el supuesto concreto de los pactos sorprendentes al que nos venimos refiriendo. Con anterioridad a esta sentencia, algunos autores ya habían sugerido la posibilidad de utilizar la buena fe como elemento de control para expulsar del contrato las cláusulas que se refieren a estos elementos por un defecto de transparencia⁹². El matiz —importante— que conviene tener en cuenta es que, aunque el control de contenido se sitúe en la buena fe, no es aquella a la que se refiere el artículo 1258 del Código civil (relacionada con un comportamiento honrado y leal en el tráfico) sino la buena fe entendida como confianza en una situación jurídica, a través de la regla de la protección de las expectativas legítimas y razonables del adherente a la que nos referimos en este trabajo. Se trata, en efecto, de una aplicación concreta de la regla de las expectativas legítimas desarrollada jurisprudencialmente en otros ámbitos, especialmente en relación con el contrato de seguro⁹³ y en el de la integración de la publicidad con el contenido del contrato⁹⁴.

Con carácter previo debería justificarse la posibilidad de aplicar un control de contenido a los elementos esenciales del contrato que, como tales, deben ser propiamente consentidos o sobre los que recae un verdadero consentimiento. A mi juicio, la justificación para dicho control reside en la propia inclusión o regulación de los elementos esenciales en condiciones prerredactadas o predispuestas, en cuanto que no deberían ser regulados en ellas. En otras palabras, la inclusión de los elementos esenciales del contrato en cláusulas predispuestas (que se supone que no tiene que leer) exige que, donde no sea posible un control de transparencia especial con la finalidad de que el comprador pueda conocer lo que contrata, se introduzca un control específico —añadido— para determinar si su contenido altera las expectativas del adherente. Lo explica de forma muy ilustrativa el profesor ALFARO para justificar la aplicación del control de transparencia a estos elementos: «La inclusión de los elementos esenciales del contrato en cláusulas prerredactadas reduce la «visibilidad» de su contenido para el adherente o, en términos más económicos, eleva los costes de información del adherente que puede considerar, razonablemente, que todo el contenido predispuesto viene constituido por cláusulas accesorias a lo pactado verbalmente o de acuerdo con la publicidad y demás circunstancias que hayan rodeado la celebración del contrato»⁹⁵.

Pues bien, la exigencia de no alterar mediante cláusulas predispuestas los elementos esenciales del contrato que han sido consentidos por el

adherente es lo que justifica la aplicación de la regla de protección de las expectativas legítimas, y en última instancia de la buena fe, para someter a un control específico de contenido dichas cláusulas. Ya se ha dicho, y no vamos a insistir más en ello, que cuando se atribuye a esta faceta concreta de la buena fe la virtualidad de modelar el «contenido» del contrato, más que corregir dicho contenido, lo que, en verdad, se hace es restablecer las expectativas legítimas y razonables que tenía el adherente antes de contratar, cuya defraudación precisamente justifica la restitución al estado que se pudo representar aquel. En otras palabras, el contenido del contrato no se corrige porque sea injusto, aunque lo sea, sino porque el adherente se vinculó de manera injusta al haberse defraudado su confianza; es, como decíamos, no solo un problema de contenido sino también, y principalmente, de vinculación injusta del adherente. En este sentido, puede entenderse la referencia que hace la Sala Primera del Tribunal Supremo a la relación que guarda la regla de los pactos sorprendentes con el «abuso de la posición» del predisponente al tratar de sacar ventaja del carácter impuesto o no negociado del contrato, aunque, la posibilidad de control del contenido —cabría matizar— no nace directamente de este abuso sino de la defraudación de la confianza que da lugar al mismo.

En todo caso, la protección de dichas expectativas, que es el fundamento de esta regla, requiere que estén objetiva y subjetivamente justificadas. Ello supone tener que acreditar, en su caso, que el adherente tenía derecho a esperar un contenido diferente de las cláusulas atendiendo a los datos objetivos del mercado (sector y tipo de contrato) y a las circunstancias concretas que rodean la celebración del contrato (tratos preliminares y proceso de negociación del mismo). Si de estas circunstancias se dedujera que el adherente ha tenido un conocimiento efectivo de estas cláusulas no quedará protegido, aunque el contenido de las mismas fuera, desde un punto de vista objetivo, insólito o inusual; ello es buena prueba de que el «problema» de las cláusulas sorprendentes no reside, propiamente, en el contenido del contrato sino en la injusta vinculación del adherente. En cualquier caso, como también ha señalado el Tribunal Supremo, deberá valorarse el deber de diligencia empleado por este sujeto para conocer el verdadero contenido de las cláusulas⁹⁶.

En suma, sin perjuicio de que los pactos sorprendentes puedan encontrar una solución —relativamente— razonable a través del dolo eventual (mediante la indemnización de los perjuicios) si se apreciara el engaño que aquel exige, podría obtenerse, de manera más fácil, un resultado más satisfactorio a través de reglas propias de la contratación con condiciones generales. Ciertamente, la regla por la que se protegen las legítimas expectativas del adherente en este concreto supuesto no se ha plasmado en una norma objetiva en la legislación específica por la que se rigen estos contratos. Sin

embargo, es incuestionable que se halla suficientemente asentada en nuestra doctrina y jurisprudencia como para considerar que tiene, a los efectos de ser admitida su aplicación, una «previsión expresa», y que los presupuestos que requiere su aplicación se dan de manera más clara en los contratos con condiciones generales, por lo que puede considerarse una solución propia de la regulación específica de este tipo de contratos.

3. EL RESTABLECIMIENTO DE LAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS COMO SANCIÓN PARA LOS «PACTOS SORPRENDENTES»

Desde un punto de vista práctico, sin duda, la cuestión más importante que plantea la regla de los pactos sorprendentes es determinar sus efectos jurídicos. Como principio general, dichos efectos, según ha señalado la doctrina, «deben apreciarse en la singularidad de cada caso»⁹⁷. En principio, la reacción frente al incumplimiento de un deber derivado de dicho principio puede ser, fundamentalmente, de dos tipos: ineficacia jurídica del acto contrario a la buena fe (en nuestro caso, nulidad o expulsión del contrato de la cláusula que contraviene dicho principio) o la exigencia coactiva en forma específica del deber incumplido (que permitirá exigir aquello que necesariamente pudo representarse el adherente)⁹⁸. En el primer caso, se debería, lógicamente, determinar, si el contenido eliminado deberá integrarse con las fuentes de integración del contrato *ex* artículo 1258 del Código civil o si, por el contrario, este contenido debe entenderse sencillamente eliminado del contrato sin posibilidad de que este sea integrado (que, como es sabido, es la solución que se aplica en caso de nulidad por abusividad en los contratos de consumo⁹⁹).

A mi juicio, la infracción de la regla de las expectativas legítimas no supone necesariamente la expulsión —o nulidad— de aquellas cláusulas que contravienen dichas expectativas como mayoritariamente se viene entendiendo¹⁰⁰. Esta sanción contraviene, de manera expresa, lo dispuesto en el artículo 8 LCGC, que reserva esta sanción para las cláusulas «que contradigan en perjuicio de adquirente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva». La sanción de nulidad no podría fundarse en una pretendida infracción del artículo 1258 del Código civil (norma de carácter imperativo), pues, como se viene repitiendo, no está justificada la aplicación de dicho precepto como criterio corrector o depurador del contrato.

De un modo distinto, dando por sentado que la falta de vinculación tiene su fundamento en la regla de las expectativas legítimas del adherente, la sanción adecuada será la que permita restablecer aquellas, en cuanto dicha regla se funda, en última instancia, en el principio de protección de la confianza legítima, que permite llegar a dicho resultado¹⁰¹. Este último

principio no se aplica de manera directa sino que es objeto de desarrollo legal y jurisprudencial a través de reglas concretas que derivan o se fundan en dicho principio; entre las legales, cabe hacer referencia a la regla de protección a la apariencia (*ex arts. 464 CC y 34 LH*) y a la integración de la publicidad en el contenido del contrato en la contratación con condiciones generales con consumidores (*ex art. 61 TR-LGDCU*). La idea que subyace a estos preceptos es que las expectativas del adherente deben prevalecer frente a quien defraudó aquellas, lo que, en el supuesto que nos ocupa supone permitir que aquel pueda exigir ajustar o comodar el contenido del contrato a lo que resulte de las mismas. Para restablecer estas expectativas, como acertadamente ha señalado un sector cualificado de la doctrina, por regla general, bastará con eliminar del contrato la cláusula que contraviene la buena fe, pero en muchas ocasiones la forma de «ajustar» aquel a las expectativas legítimas del adherente «pasará por suprimir facultades del empresario o atribuir nuevos derechos al consumidor»¹⁰².

Sin embargo, no parece —técnicamente— posible llegar a este mismo resultado por la regla de la primacía o prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales consagradas en el artículo 6.1 LCGC y 1280 del Código civil, esto es, la regla de que la interpretación del contrato no debe favorecer a la parte disponente *ex artículo 6.2 LCGC*¹⁰³. La razón es que, en rigor, no hay un problema de contradicción entre las condiciones generales y particulares del contrato sino sencillamente que las condiciones generales contienen información que, por afectar a aspectos esenciales del negocio, debería formar parte de las condiciones particulares.

La regla de los pactos sorprendentes tiene, por tanto, un recorrido muy corto —o cuando menos limitado— en la protección del adherente que no sea consumidor en los contratos con condiciones generales que se refieran a los elementos esenciales, si bien cuando se den los presupuestos necesarios para su aplicación el adherente podrá obtener el restablecimiento de las expectativas defraudadas.

VII. CONCLUSIONES

I. El principio de buena fe es en el ordenamiento español no solo un principio general que, como tal, tiene el rango de tercera fuente del derecho en la jerarquía, sino que, además, está admitido como norma concreta en diversos ámbitos de Derecho privado y, en particular, en el régimen de los contratos. En cada una de esas normas se plasma o se refleja una aplicación concreta de dicho principio, puesto que la buena fe, por su generalidad, requiere su concreción en reglas determinadas que permitan dotar de operatividad y previsibilidad a dicho concepto. De otro modo se daría el

riesgo de que dicho principio se aplique de forma injustificada y sin una fundamentación clara, poniendo en riesgo la seguridad jurídica.

II. Centrándonos en el ámbito contractual, una de las principales manifestaciones de la buena fe es la previsión que realiza el artículo 1258 del Código civil como criterio complementario de la reglamentación del contrato. Aunque tradicionalmente este precepto ha tenido una interpretación jurisprudencial relativamente escasa, es opinión unánime en la doctrina que esta faceta de la buena fe impone patrones de comportamiento que se relacionan con la exigencia de lealtad y corrección en el tráfico, de honradez y fidelidad a la palabra dada. Dado que, como se ha dicho, la buena fe no debe ser una puerta abierta por donde entre la subjetividad de las partes o del operador jurídico, estos patrones de comportamiento o cánones de conducta se aplican a través de reglas específicas que, desde un punto de vista práctico, han ido concretando nuestros tribunales.

III. La Sala Primera del Tribunal Supremo ha venido aplicando unos criterios o directrices claras y uniformes, que pueden decirse previsibles, y que mantiene la aplicación del criterio de la buena fe a que se refiere dicho precepto dentro de unos límites razonables; cosa distinta es que no lo haya hecho de forma sistemática sino a través de reglas concretas de conducta en función del caso particular enjuiciado (y, sin perjuicio, de alusiones meramente retóricas a dicho concepto en numerosas sentencias sin ninguna trascendencia en el fallo). En este sentido, un análisis exhaustivo de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo permite concluir que el artículo 1258 del Código civil no ampara todo comportamiento conforme a los valores subyacentes a la buena fe objetiva —que responde a algo tan elástico como la honradez, corrección o lealtad en el tráfico—, sino únicamente aquellos que puedan encuadrarse en un supuesto concreto.

— De un lado, se entiende que la buena fe obliga a lo necesario para dar al contrato cumplida efectividad en orden a obtener los fines propuestos, y para ello ampliar, si es necesario, la reglamentación del contrato. Esta regla responde a la interpretación tradicional del precepto tomada de la jurisprudencia más antigua, y repetida en muchas resoluciones posteriores (y que se corresponde con la gran mayoría de las sentencias dictadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo en aplicación del art. 1258 CC).

— De otro lado, la buena fe puede utilizarse como criterio para impedir un desequilibrio sobrevenido de las prestaciones del contrato. Esta regla se traduce en la exigencia de mantener o restablecer el equilibrio que resulta de lo pactado cuando el deudor pretende dar menos o el acreedor exigir más de lo que les corresponde. Esto en modo alguno supone la posibilidad de que la buena fe pueda utilizarse como instrumento de control de un posible desequilibrio del contrato, sino, que, de forma distinta, pueda tomarse referencia el equilibrio de intereses que resulta de lo pactado (aunque sea

injusto), para descartar cualquier modificación o alteración sobrevenida del mismo.

IV. Un sector de la doctrina ha defendido la posibilidad de residenciar en la buena fe a que se refiere el artículo 1258 del Código civil un control de contenido de los contratos celebrados con condiciones generales amparándose en el déficit de autonomía que caracteriza estos contratos. Sin embargo, el argumento —que presupone esta tesis— de que es lo mismo integrar que depurar o corregir su contenido no es defendible; lo primero supone desarrollar o completar lo querido por las partes mientras que lo segundo supone corregir o ir contra (*contra-venire*) lo querido por aquellas y, por ello, atenta contra el principio de la autonomía de la voluntad que también rige, aunque de forma distinta en los contratos con condiciones generales. Aunque el déficit de autonomía puede justificar, desde un punto de vista teórico, un control de contenido, esta posibilidad debe contar con una justificación expresa, sea a través de una norma (como el control de abusividad en la contratación con consumidores u otras leyes específicas) sea a través de una regla concreta derivada de la buena fe, con la suficiente tradición y lo suficientemente asentada como para poder aplicarse de una forma cuasi automática cuando concurran sus presupuestos. Se rechaza, por tanto, que el control de contenido de estos contratos pueda fundarse en la buena fe, como principio general, aunque ello no supone que dicho principio no juegue ningún papel en estos contratos.

V. Este control tiene entrada en los contratos con condiciones generales a través de la regla de los llamados pactos sorprendentes. El Pleno de la Sala Primera parece haberse mostrado favorable a la aplicación de esta regla como alternativa al control de transparencia de aquellas condiciones que se refieren a los elementos esenciales en los contratos celebrados entre sujetos que no son consumidores (STS de 3 de junio de 2016). El fundamento último de esta regla es la buena fe, en la faceta concreta que exige la protección de las expectativas legítimas y razonables de las partes; un control específico de contenido basado en dicho principio está justificado precisamente por la inclusión de los elementos esenciales en cláusulas no negociadas o predispuestas en cuanto aquellos pueden verse alterados por estas. La regla de los pactos sorprendentes permite proteger al adherente que ve alterada subrepticamente el contenido del contrato que podía haberse representado, tomando como base las expectativas razonables generadas mediante las condiciones objetivas y subjetivas que rodearon a la celebración del contrato. Desde un punto de vista práctico, aunque el conflicto que subyace a estos pactos podría tener una solución relativamente razonable a través del dolo eventual (solución indemnizatoria) si se diesen los requisitos que requiere su aplicación, puede obtenerse un resultado más satisfactorio a través de la regla que subyace a dichos pactos cuya consecuencia sería el restablecimiento de las expectativas legítimas del adherente.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 11 de marzo de 2020
- AATS de 26 de febrero de 2020 (rec. 3534/2017)
- AATS de 26 de febrero de 2020 (rec. 4030/2017)
- AATS de 26 de febrero de 2020 (rec. 4498/2017)
- AATS de 26 de febrero de 2020 (rec. 4863/2017)
- AATS de 26 de febrero de 2020 (rec. 5046/3017).
- STS de 26 de abril de 2018
- STS de 19 de mayo de 2017
- STS de 2 de marzo de 2017
- STS de 30 de enero de 2017
- STS de 20 de enero de 2017
- STS de 21 de noviembre de 2016
- STS de 5 de octubre de 2016
- STS de 22 de abril de 2016
- STS de 3 de junio de 2016 (Pleno Sala Primera)
- STS de 9 de mayo de 2016
- STS de 19 de abril de 2016
- STS de 20 de julio de 2015
- STS de 24 de febrero de 2015
- STS de 24 de febrero de 2015
- STS de 9 de mayo de 2013
- STS de 26 abril de 2013
- STS de 17 enero de 2013
- STS de 10 de junio de 2010
- STS de 15 de noviembre de 2006
- STS de 3 de junio de 2003
- STS de 12 de julio de 2002
- STS de 13 de febrero de 2002
- STS de 30 de junio de 2000
- STS de 12 de marzo de 1998
- STS de 30 de enero de 1997
- STS de 16 de diciembre de 1996
- STS de 22 de octubre de 1996
- STS de 17 de febrero de 1996
- STS de 26 de octubre de 1995
- STS de 19 de octubre de 1995
- STS de 24 de junio de 1994
- STS de 8 de junio de 1994
- STS de 14 de julio de 1988
- STS de 17 de enero de 1986

- STS de 17 de enero de 1986
- STS de 9 de diciembre de 1963

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ DOHRMANN, K.J. (2009). *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*. Pamplona: Thomson-Aranzadi.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1991). *Las condiciones generales de la contratación*. Civitas: Madrid.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1987). En R. Bercovitz Rodríguez-Cano y A. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*. Madrid: Tecnos.
- BETTI, E. (1953). *Teoría generale delle obbligazioni, I, Prologomeni: funzione economico-sociale dei rapporti dell' obbligazione*. Milano: Giuffrè.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2015). Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo LV.
- (2006). *El control de las cláusulas abusivas sobre los elementos esenciales del contrato*. Thomson-Aranzadi: Pamplona.
- CARRASCO PERERA, A. (2013). Comentario al artículo 7 del Código civil. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios al Código civil*. Navarra: Aranzadi.
- (2010). *Derecho de contratos*. Navarra: Aranzadi.
- DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L. (1965). *El principio general de la buena fe (Sus aplicaciones prácticas en Derecho español)*. Barcelona: Bosch.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1963). *La doctrina de los propios actos*. Barcelona: Bosch.
- (1977). Prólogo. En F. Wieacker. *El principio general de la buena fe*. Madrid: Civitas.
- (1993). Artículo 1258. En P. Salvador Coderch, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, C. Paz-Ares. *Comentario del Código civil*. Madrid: Ministerio de Justicia.
- (1996). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, 5.ª ed.* Madrid: Civitas.
- (2009). Notas sobre la indemnización del daño causado por el dolo incidental. *Anuario de Derecho civil*, tomo LXII, fasc. III.
- DÍEZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C. (2013). Comentario al artículo 1258 del Código civil. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código civil*, 4.ª ed. Navarra: Aranzadi.
- GARCÍA AMIGO, M. (2000). Consideraciones a la buena fe contractual. *Actualidad civil*, núm. 1, disponible en <http://laleydigital.laley.es>.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (1999). Comentario al artículo 5 de la LCGC. En R. Bercovitz (dir), *Comentario a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Pamplona: Aranzadi.
- HERBOSA MARTÍNEZ, I. (2018). Buona fide e integrazione del contratto nel Diritto spagnolo. En F. Ricci (dir.). *Principi, clause generali, argomentazione e fonti del diritto*. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre.

- (2019). Los criterios objetivos de integración del contrato: supuestos en que se admiten y alcance de su función. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio, núm. 773, 1215-1246.
- LÓPEZ LÓPEZ, A.M.^a (2016). Artículo 1258. En A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, F.J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (dirs.). *Código civil comentado*, T. III, Navarra: Aranzadi.
- MANRESA Y NAVARRO, J.M.^a (1967). *Comentarios al Código civil español*, tomo VIII, vol. 2.º, 6.ª ed., revisada por M. Moreno Mocholí, Madrid: Reus.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (1989). Observaciones en torno a la buena fe. En *Homenaje al Profesor J. Roca Juan*. Murcia: Universidad de Murcia.
- (1996). Reflexiones sobre las condiciones generales. En J.L. Iglesias Prada (coord.). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Vol. 4. Madrid: Civitas.
- (2002). Comentario artículo 8 LCGC. En A. Menéndez, L. Luis Díez-Picazo y J. Alfaro (dirs.). *Comentarios sobre la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Madrid: Civitas.
- (2004). Algunos aspectos del control de contenido de las condiciones generales en la Ley española. *Revista española de Seguros*, núm. 117, 7-46.
- (2011). Comentario al artículo 82 TR-LGDCU. En S. Cámara Lapuente (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*. Madrid: Colex.
- MIRANDA SERRANO, L.M.^a (2017). *Cláusulas limitativas y sorprendentes en contratos de seguro: protección de las expectativas y el consentimiento de los asegurados*. *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 761, 1151-1195.
- PAGADOR LÓPEZ, J. (1999). Impugnación por vicios del consentimiento y condiciones generales de la contratación. *Diario la Ley*, Sección Doctrina, Ref. D-87, tomo 2 (consultado en <http://www.laleydigital>).
- (2000). Requisitos de incorporación de las condiciones generales y consecuencias negociales. En U. Nieto Carol (dir.). *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*. Lex Nova: Valladolid.
- (2001). Título II. Condiciones generales y cláusulas abusivas. En Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco (dirs.). *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del TRDCU*, Madrid: Iustel.
- PLAZA PENADÉS, J. (2013). Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo, *Diario la Ley*, Sección Doctrina, núm. 8112, 25 de Junio de 2013 (consultado en [laleydigital](http://www.laleydigital)).
- PASQUAU LIAÑO, M. (2016). De la protección del consumidor a la reforma del derecho común de la contratación. En B. Añoveros Terradas y S. Llebaría Samper (coord.). *El contrato: apuntes para una revisión*. Thomson-Aranzadi: Pamplona.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2004). *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*. Cizur Menor: Madrid.
- (2004). Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en contratos de préstamo hipotecario, *Indret*, 3/2013.
- (2009). Los contratos de adhesión y la contratación electrónica. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.). *Tratado de contratos*, tomo II, Valencia: Tirant lo Blanch.

- (2016). Buena fe *ex* artículo 1258 del Código civil y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios (Reflexiones en torno a la STS, 1.^a, 3 de junio de 2016). *InDret* 4/16.
- ROCA GUILLAMÓN, J. (1993). Artículo 1258. En M. Albaladejo (dir.). *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. T. XVII, vol.1 A. Madrid: EDERSA.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015). Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomas, microempresas y pymes). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 748, 681-731.
- SCAEVOLA, Q.M. (1958). *Código civil. Comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales Códigos europeos y americanos*, tomo XX, 2.^aed, revisada por P. Marin Père. Madrid: Reus.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. (1984). Prólogo. En D. M. Ferreira Rubio. *La buena fe: el principio general en el Derecho civil*. Madrid: Montecorvo.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (1988). De nuevo sobre la buena fe. *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 6.

NOTAS

¹ DÍEZ-PICAZO, L. (1963). *La doctrina de los propios actos*. Barcelona: Bosch, 134.

² *Vid.*, HERBOSA MARTÍNEZ, I. (2018). Buona fide e integrazione del contratto nel Diritto spagnolo. En F. Ricci (dir.). *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 453.

³ En este sentido, se ha dicho que el carácter de cláusula general que la buena fe ofrece «confiere un cierto matiz de obviedad al concepto, que avala el hecho de que con frecuencia se solape con las ideas de diligencia, honestidad, lealtad, etc., lo que hace considerar a algunos autores que la noción de buena fe es una cuestión de experiencia de la vida y de sentido práctico» (ROCA GUILLAMÓN, J. (1993). Artículo 1258. En M. Albaladejo (dir.). *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. T. XVII, vol.1 A. Madrid: EDERSA, 449.

⁴ En Derecho español subraya este aspecto VALLET DE GOYTISOLO, al afirmar que el principio de la buena fe es el «más difícil de captar en una definición, aunque el más invocado: el más impalpable, pero del de más necesaria penetración a fin de lubricar el Derecho» (VALLET DE GOYTISOLO, J. (1984). Prólogo. En D.M. FERREIRA RUBIO. *La buena fe: el principio general en el Derecho civil*. Madrid: Montecorvo, 10 y 11.

⁵ *Vid.*, DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L. (1965). *El principio general de la buena fe (Sus aplicaciones prácticas en Derecho español)*. Barcelona: Bosch, 7-8. Siguiendo a este, no considera conveniente ni posible tratar de aportar una definición YZQUIERDO TOLSADA, M. (1988). De nuevo sobre la buena fe. *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 6, 636.

⁶ Muestra su preocupación por este aspecto ROCA GUILLAMÓN (1993) cuando señala que la buena fe, como principio general, ofrece todos los inconvenientes que como consecuencia de su imprecisión son achacables a otros «arquetipos» jurídicos, «pues permite el fácil recurso de encomendar al juez su adaptación al caso concreto, de lo que puede resultar una cierta inseguridad jurídica si esta labor judicial no está guiada por hipótesis normativas concretas o por criterios judiciales claros», 447. En este mismo sentido insiste «El problema es, no obstante, de límites más que de concepto. Fundamentalmente de límites al arbitrio judicial y más exactamente a la determinación por parte del juez del alcance y contenido de la buena fe en el caso concreto», 449.

⁷ Vid. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.^a (1989). Observaciones en torno a la buena fe. En *Homenaje al Profesor J. Roca Juan*. Murcia: Universidad de Murcia, 497.

⁸ Vid., por todos, Díez-Picazo, 1963, 136. De acuerdo con esta interpretación, el artículo 1258 del Código civil se sitúa, como se ha visto, en el tercer grupo de supuestos, claramente distinto de aquellos en los que se protege a quien actúa con el convencimiento de que su comportamiento correcto y el de protección a la confianza en una situación jurídica derivada de la apariencia, normalmente a través de la posesión y el Registro.

⁹ En Derecho español, DE LOS MOZOS, 1965, 48.

¹⁰ En el sentido apuntado, respecto del artículo 7 del Código civil, vid. CARRASCO PERERA, A. (2013). Comentario al artículo 7 del Código civil. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios al Código civil*. Navarra: Aranzadi, 73-74; asimismo, respecto al artículo 1258 del Código civil, CARRASCO PERERA (2010). *Derecho de contratos*. Navarra: Aranzadi, 478.

¹¹ CARRASCO PERERA, 2010, 478.

¹² De manera muy expresiva señala MIQUEL GONZÁLEZ (1989) que en una resolución judicial no bastaría con mencionar o reproducir la norma en que se haga referencia a la buena fe sino que «se requiere que precise en qué consiste el ejercicio del derecho contrario a la buena fe y la consecuencia jurídica que de ello se deriva». En este sentido señala que son necesarios «desarrollos» de este principio: «Mediante ellos se deben ir agrupando las distintas constataciones de casos, para poder ofrecer criterios diferenciados y concretos a la adecuada fundamentación de las decisiones judiciales», 497.

¹³ Vid., YZQUIERDO TOLSADA, 1988, 646, haciendo suya las palabras de JORDANO FRAGA que se transcriben en el texto (última expresión entrecomillada).

¹⁴ GARCÍA AMIGO, M. (2000). Consideraciones a la buena fe contractual. *Actualidad civil*, núm. 1, disponible en <http://laleydigital.laley.es>, 4.

¹⁵ Sobre estos aspectos de la buena fe, vid., YZQUIERDO TOLSADA, 1988, 646, 650-661.

¹⁶ El citado artículo 65 TD-LGDCU se limita a establecer que los contratos celebrados con consumidores «se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante»; lo que debe entenderse en relación con la exposición de motivos de dicho texto legal cuando se refiere al refuerzo del artículo 1258 del Código civil que dicha remisión supone.

¹⁷ Vid. GARCÍA AMIGO, 2000, 1.

¹⁸ Vid. GARCÍA AMIGO, 2000, 5.

¹⁹ El Código civil francés, precedente inmediato de nuestro Código civil, alude a la buena fe para la ejecución del contrato en su artículo 1134.3 cuando dispone que «les conventions —en lugar de los derechos subjetivos en general— doivent être exécutées de bonne foi». Por otra parte, en lo que respecta a la integración, contiene una norma similar a la prevista en nuestro artículo 1258 del Código civil, aunque prescinde de la buena fe y utiliza, en su lugar, la equidad. Así, el artículo 1.135 dispone que «les conventions obligent non seulement a ce qu' y est exprimé. Mais encore a toutes les suites que l'équité, l'usage et la loi donnent a l'obligation d'après sa nature».

²⁰ Tomando como base esta regulación, contempla un régimen prácticamente similar el Código civil italiano de 1942 (con una redacción idéntica a la del artículo 1124 del Código civil de 1865). Así, el artículo 1375 establece que «il contratto deve essere eseguito secondo buona fede;», y el 1.374 «il contratto obbliga le parti non solo a quanto é nel medesimo expreso, ma anche a tutte le conseguenze che en derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e la equità».

²¹ Vid., GARCÍA AMIGO, siguiendo a GARCÍA GOYENA, 2000, 2.

²² Resalta este aspecto, GARCÍA AMIGO, 2000, 4. Asimismo, MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.^a. (1996) califica de «sorprendente» la escasa aplicación que durante muchos años ha tenido la buena fe como fuente de integración del contrato tanto en España

como en Francia de donde procede (Reflexiones sobre las condiciones generales. En J.L. Iglesias Prada [coord.]. *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Vol. 4. Madrid: Civitas, 4945).

²³ En este sentido, CARRASCO PERERA considera el artículo 1258 del Código civil como «una norma inflacionaria, a la que se recurre en multitud de resoluciones judiciales, en ocasiones sin otra finalidad que la de servir de apoyo «redundante» a un argumento ya producido por otra vía...», 485. En el mismo sentido, se apunta que «Existen muchas declaraciones retóricas en la jurisprudencia sobre el significado del artículo 1258 del Código civil, aunque ninguna de estas generalizaciones parece haber tenido alguna vez trascendencia real en los fallos», 488, aserto que, como se señala en el texto, compartimos.

²⁴ *Vid.*, MUCIUS SCAEVOLA, Q.M. (1958). *Código civil. Comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales Códigos europeos y americanos*, tomo XX, 2.^a ed, revisada por P. Marín Pérez. Madrid: Reus, 636.

²⁵ En este sentido, ROCA GUILLAMÓN (1993), afirma que, en virtud de la buen fe, el juez «debe ajustar su decisión a un criterio que le es dado por el sentir social, a través de un complejo de valoraciones de orden ético», 450. Por su parte, LÓPEZ Y LÓPEZ, A. (2016), señala que la buena fe consiste en «un conjunto de deberes impuestos por los cánones sociales de lealtad y ética a la hora de ser ejercitados los derechos subjetivos...» (art. 1258. En A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, F.J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (dirs.). *Código civil comentado*, T. III, Navarra: Aranzadi, 590-591]. Asimismo, Díez-Regañón García-Alcalá, C. (2013), quien sostiene que dicho precepto impone a las partes «un comportamiento guiado por un modelo de conducta socialmente admitido como correcto, según determinados cánones éticos» (*vid.* Comentario al art. 1258 CC. En R. Rodríguez-Cano Bercovitz (coord.). *Comentarios al Código civil*, 4.^a ed. Navarra: Aranzadi, 1707).

²⁶ Así, ALMAGRO NOSETE, J. (2006), al referirse al «ámbito social y cultural de las conductas exigibles», que no deben producir perjuicios, ni lesiones gratuitas o abusivas a los derechos de la otra parte (Comentario al art. 1258 CC. En I. Sierra Gil de la Cuesta [coord.], *Comentario del Código civil*, tomo VI, 2.^a ed. Barcelona: Bosch, 518).

²⁷ Sobre esta sentencia, *vid.* nota 53.

²⁸ *Vid.*, Díez-Picazo, L. (1977). Prólogo. En F. WIEACKER. *El principio general de la buena fe*. Madrid: Civitas, 15.

²⁹ El hecho de aspirar a que el principio de buena fe se traduzca en reglas objetivas, lógicamente, no quiere decir que hayan tenido que plasmarse en una norma. Necesariamente debe ser algo distinto de la voluntad de las partes pero también de la ley y los usos, puesto que del artículo 1258 del Código civil resulta que junto con estos, hay «otras», como la buena fe, que tienen una procedencia distinta. Se trataría, más bien, como dice Díez-Picazo, L. (1993), de «un complejo de normas jurídicas que carecen de una formulación positiva concreta» conforme a una serie de principios que la conciencia social considera como necesarios, aunque no hayan sido formulados por el legislador, ni establecidos por la costumbre o el contrato (art. 1258. En P. Salvador Coderch, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, C. Paz-Ares. *Comentario del Código civil*. Madrid: Ministerio de Justicia).

³⁰ Díez-Picazo, 1977, 17. De manera muy expresiva, señala que «La justicia del cadí es la pura decisión individual que es, aunque sea en el mejor sentido de la palabra, arbitraria. Como se ha dicho algunas veces, no tiene pasado y no tiene tampoco futuro. Un Derecho judicial *praeter legem* tiene que tener un pasado y un futuro».

³¹ GARCÍA AMIGO, 2000, 6.

³² *Vid.*, GARCÍA AMIGO, 2000, 6 y 7. Como muestra de este cambio, el autor se refiere a las SSTs de 8 de julio de 1981 y 8 de junio de 1994 (aunque se refieren de manera exclusiva al art. 7 CC). La STS de 12 de marzo de 1998 (quizás por error se cita la de 2 de marzo de 1986), se limita a afirmar que la buena fe a que se refiere el artículo 1258 no es la subjetiva «sino la objetiva (comportamiento honrado, justo), a la

que alude el artículo 7 del Código civil, que consagra como regla general el principio de ese nombre». A mi juicio, no puede decirse que estas sentencias constituyan una nueva línea jurisprudencial, ni que den paso a una nueva forma entender la buena fe prevista en el artículo 1258. Tampoco puede considerarse ejemplo de esto último la STS de 17 de enero de 1986 (citada en este trabajo), en cuanto incorpora la interpretación tradicional de dicho precepto (sobre esta sentencia, *vid.*, entre otras, nota 56).

³³ DÍEZ-PICAZO, 1977, 21-23. En la doctrina más reciente, *vid.*, CARRASCO PERERA, 2013, 75-76.

³⁴ En el caso enjuiciado se analiza, como cuestión de fondo, la extinción de la vigencia de dos avales a primer requerimiento en relación con el plazo previsto para el cumplimiento del contrato garantizado. Dando por sentado que la interpretación literal de los contratos no permitía concretar un plazo específico de vigencia para su ejercicio, se concluye que no supone una actuación contraria a la buena fe constitutiva de abuso de derecho *ex* artículo 7 del Código civil exigir su ejercicio después de nueve años, cuando ello se realice dentro del plazo de vigencia de la relación subyacente, a pesar del carácter autónomo o abstracto de este tipo de avales respecto de dicha relación.

³⁵ En un sentido distinto, el Tribunal Supremo ha señalado que la posibilidad de ampliar o modificar lo convenido al amparo del artículo 1258 ha de admitirse «con gran cautela y notoria justificación» o de la forma «más restringida posible» (*vid.*, entre otras, STS de 3 de diciembre de 1991 a la que se refieren, entre otros, CARRASCO PERERA, 2010, 488),

³⁶ Así, sobre la base de lo declarado por STS de 9 de diciembre de 1963, MANRESA Y NAVARRO, J.M.^a (1967). *Comentarios al Código civil español*, tomo VIII-vol. 2.º, 6.ª ed., revisada por Moreno Mocholí, M. Madrid: Reus, 439.

³⁷ Resalta esta conexión, GARCÍA AMIGO, 2000, 5.

³⁸ *Id.* SCAEVOLA, 1958, 635.

³⁹ En términos análogos, MANRESA Y NAVARRO, 1967, 439.

⁴⁰ BETTI, E (1953). *Teoria generale delle obbligazioni, I, Prologomeni: funzione economico-sociale dei rapporti dell' obbligazione*. Milano: Giuffré, 103.

⁴¹ DÍEZ-PICAZO, 1963, 141.

⁴² BETTI, 1953, 100 y sigs.

⁴³ Obsérvese que tanto en el supuesto de dolo con eficacia anulatoria del contrato como en el dolo incidental el engaño característico del mismo tiene trascendencia sobre el contrato celebrado, pues aunque no puede decirse que la parte que sufrió el dolo no haya tenido voluntad contractual, sí se puede alegar que de no haber surgido aquel se hubiera celebrado el contrato en condiciones distintas (*vid.* DÍEZ-PICAZO, L. (2009). Notas sobre la indemnización del daño causado por el dolo incidental. *Anuario de Derecho civil*, tomo LXII, fasc. III, 1053).

⁴⁴ Resulta ilustrativa la STS de 8 de junio de 1994 que se refiere al supuesto de ocultación de una servidumbre no aparente en la escritura, cubierto por el artículo 1483 del Código civil. El Tribunal Supremo parece relacionar formalmente la exigencia de «ser veraces en la aportación de las realidades concurrentes en las cosas o bienes que transmiten» con la buena fe objetiva a que se refiere el artículo 7 del Código civil. Sin embargo, lo cierto es que la controversia gira únicamente sobre la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 1483 del Código civil, en el que tal infracción encuentra su sanción específica, que es en verdad la *ratio decidendi* de la misma.

⁴⁵ En el sentido expuesto, DÍEZ-PICAZO (2009), refiriéndose a dicha sentencia, con agudeza señala que, además de no explicar la razón por la que la obtención de la licencia constituye una obligación contractual, «tampoco resulta clara la razón por la cual el comprador de las acciones de Industrias Tauro adquirió, junto con las acciones que compraba, el derecho a la utilización de los locales y de los demás objetos que forman, 1049.

⁴⁶ Se refiere a esta obligación la STS de 9 de mayo de 2016 anteriormente citada relativa a un contrato de compraventa de acciones, que considera como obligación na-

cida de la buena fe *ex* artículo 1258 del Código civil la del adquirente de abstenerse de realizar actividad competitiva con el transmitente.

⁴⁷ En el ámbito del contrato de compraventa, tendrían encaje en este apartado, el deber de colaboración del vendedor para que el comprador pueda obtener crédito hipotecario para financiar su adquisición (*vid.* SSTS de 15 de noviembre de 2006 y de 14 de julio de 1988), así como el de dejarle examinar la vivienda antes del otorgamiento de la escritura de venta (STS de 10 de junio de 2010).

⁴⁸ En relación al contrato de obra, responderían a este mismo fundamento, la obligación del vendedor de comunicar al comprador el momento en el que se produce la finalización de la obra, como momento determinante de la obligación de pagar el precio, reputándose ilógico que este tenga que realizar un seguimiento continuado de la misma (STS de 17 de febrero de 1996). Asimismo el deber de actuar de modo que se eviten daños a la obra ya realizada, deber que de ordinario incumbirá al contratista, pero también al comitente si este retiene facultades sobre la ejecución de la obra como en el caso enjuiciado por la sentencia (STS de 19 de octubre de 1995).

⁴⁹ Este es el caso de la STS de 15 de noviembre de 2006 citada en la nota 47. En esta sentencia, que, como se ha dicho, impone al vendedor el deber de colaboración para que el comprador pueda obtener financiación para su adquisición, se considera dicho deber una exigencia impuesta por la buena fe *ex* artículo 1258 del Código civil así como por la necesidad de proteger la confianza mutua de las partes. Se señala en este último sentido que «lo fundamental a proteger es la confianza, ya que el no hacerlo es atacar a la buena fe, que ciertamente viene determinada por una coherencia de comportamiento en las relaciones humanas y negociales, toda vez que cuando unas determinadas personas, dentro de un convenio jurídico, han suscitado con su conducta contractual una confianza mutua fundada, conforme a la buena fe, en una determinada conducta, no deben defraudar esta confianza suscitada, y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella...».

⁵⁰ *Vid.*, a este respecto, STS de 22 de octubre de 1996. En el supuesto a que se refiere esta sentencia se ejercita acción de reembolso por la compañía aseguradora contra una sociedad concesionaria de los aparcamientos del aeropuerto del Prats por razón de la desaparición por robo de un vehículo. La cuestión que se discute es la calificación jurídica del contrato que une a la empresa demandada con la propietaria del vehículo asegurado. El Tribunal Supremo, tras considerar que la caracterización del contrato de estacionamiento o aparcamiento como mero contrato de arrendamiento de cosa o local no tiene suficiente fundamento, concluye que es de naturaleza atípica, al carecer de regulación propia, y de índole mixta, al contener elementos de los contratos de arrendamiento y de depósito (que incluye la obligación de restitución) junto con otras prestaciones accesorias. Al hilo de ello, se argumenta que «la legítima expectativa del usuario de recuperar su coche cuando decide recogerlo no es algo intrascendente o ajeno al contrato», para cumplir con lo cual ha de ejercer tareas de vigilancia y guarda del vehículo. Según esta sentencia, la seguridad, y con ello la necesidad del deber de vigilancia, aparece como elemento unido al contrato de arrendamiento, según exigen la buena fe y los usos conforme al artículo 1258 del C

⁵¹ Un ejemplo ilustrativo de este deber sería el que incumbe al promitente de una opción de compra de no frustrar el buen fin de la misma mediante la realización de un acto dispositivo antes del ejercicio de la opción; se refiere a este supuesto la STS de 26 de octubre de 1995 (en el caso concreto a que se refiere esta sentencia, una hipoteca).

⁵² En lo que respecta al contrato de obra, el artículo 1258 del Código civil se ha venido considerando el fundamento de la responsabilidad del contratista por ruina funcional, sobre la base de que conforme a dicho precepto «el contratista se halla obligado no solo a realizar y entregar la obra sino que «esta sea la prevista, correcta y adecuada» (STS de 30 de enero de 1997) se refiere a esta sentencia, CARRASCO PERERA, 2010, 67 y las sentencias que allí se citan. También en relación con este contrato, el Tribunal Supremo

ha declarado que la calidad de los materiales ha de ser tal que permita garantizar la finalidad que ha de cumplir en la misma (STS de 24 de junio de 1994).

⁵³ En el ámbito de la compraventa, este deber se concreta en que el vendedor debe entregar la cosa vendida con utilidad para su destino. El Tribunal Supremo se ha ocupado especialmente del mismo en la compraventa de vivienda o local comprendidos en el ámbito de la ley de Propiedad Horizontal, señalando que debe cumplirse con la condición de habitabilidad (SSTS de 16 de diciembre de 1996 y 3 de junio de 2003). Por el contrario, ha de entenderse que ya se ha dado al contrato cumplida y adecuada efectividad cuando se vende una finca (y no una vivienda o local con las condiciones o circunstancias que tuviera al tiempo de la venta cuando estas fueran conocidas por el adquirente, rechazándose que, además, sea exigible su legalización urbanística (STS de 12 de julio de 2002; a mayor abundamiento, se añade que la ampliación del alcance de lo estipulado podría romper «el justo equilibrio de las prestaciones en juego»).

⁵⁴ *Vid.*, al respecto, CARRASCO PERERA, 2010, 530-531.

⁵⁵ La doctrina jurisprudencial que mencionan estas sentencias se declara construida sobre lo declarado en las SSTS de 20 de julio de 2015 citada más arriba, y la de 19 de abril de 2016, todas del mismo ponente: ORDUÑA MORENO. Sin embargo, esta última sentencia no guarda ninguna relación con la buena fe como criterio de integración del contrato, ya que se refiere a un supuesto de fijación legal del plazo del derecho de superficie en virtud de una norma de Derecho imperativo.

⁵⁶ La sentencia citada se refiere a un contrato de ejecución de obra por el que una comunidad de propietarios pacta con el recurrente en casación y su socio la obligación por parte de estos de proceder, con precio fijado, a la impermeabilización y retejado del edificio, cuya realización se llevó a cabo contraviniendo tanto los términos del contrato como la «*lex artis*» de la profesión, hasta el punto de provocar el arruinamiento del tejado. Dado que la acción ejercitada por la comunidad fue la de cumplimiento de lo convenido, la sentencia condena a «rehacer la obra» pese al mayor coste económico que ello suponía. El recurrente en casación denuncia aplicación indebida del artículo 1258 del Código civil, por entender que la condena excede o se extiende a «obras no pactadas» con un coste doble del primitivo. Según el Tribunal Supremo, ello no solo no puede calificarse como infracción del precepto citado, sino que justamente la previsión de que «los contratos obligan al cumplimiento» contenida en ese artículo es el que impone la atribución de esa responsabilidad», conectada con lo dispuesto en la ley (arts. 1088, 1089, 1091 y 1101) al regular el incumplimiento y sus consecuencias en caso de incumplimiento culpable. A renglón seguido, también hace alusión a la buena fe, al añadir que «no sería justo ni acomodado a la buena fe excluir unas consecuencias económicas (necesarias para el cumplimiento íntegro) cuya mayor onerosidad se debe al propio incumplimiento culpable por omisión del deber exigido por el tenor de la obligación y de las reglas «*lex artis*» de toda buena construcción».

⁵⁷ Otras sentencias, a modo de *obiter dictum*, reiteran que el artículo 1258 del Código civil sanciona «todos aquellos comportamientos que en la ejecución del contrato resulten contrarios a los deberes de lealtad y corrección debida respecto de lo acordado y de la confianza que razonablemente deriva de dicho acuerdo» (*vid.*, en este sentido, SSTS de 5 octubre de 2016 y 19 de mayo de 2017 citadas en este trabajo, que establecen ciertos deberes que pueden surgir al tiempo de la extinción del contrato en los contratos «*just in time*» y de distribución, respectivamente). Sin embargo, adviértase que en los supuestos a que se refieren estas sentencias la buena fe no se utiliza para preservar o mantener el equilibrio del contrato sino como criterio para ampliar la reglamentación contractual.

⁵⁸ *Vid.*, entre otros, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2001). *Código civil comentado con jurisprudencia*, 3.º ed. Madrid: LA LEY, 1238-1239.

⁵⁹ *Vid.*, en este sentido CARRASCO PERERA, 2010, 528.

⁶⁰ MIQUEL GÓNZÁLEZ, J.M.^a (2011). Comentario al artículo 82 TR-LGDCU. En S. Cámara Lapuente (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumido-*

res. Madrid: Colex, 736. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.^a (2002). Comentario artículo 8 LCGC. En A. Menéndez, L. Luis Díez-Picazo y J. Alfaro (dirs.). *Comentarios sobre la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Madrid: Civitas, 464. Así lo presupone también ALBIEZ DOHRMANN, K.J. (2009) (*La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 208-209. De manera muy significativa este autor afirma que la rica versatilidad que ofrece el artículo 1258 del Código civil «no se ha sabido aprovechar para utilizar la buena fe también como instrumento de control de las condiciones generales abusivas. Para ello debería haberse elaborado a instancia de los tribunales una cláusula general de buena fe, cuya base normativa pudo haber asumido perfectamente el artículo 1258». Siguiendo a estos, PERTÍÑEZ VILCHEZ, F. (2004). *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*. Navarra: Aranzadi, 15; asimismo en (2016). Buena fe *ex* artículo 1258 del Código civil y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios (Reflexiones en torno a la STS, 1.^a, 3 de junio de 2016). *Indret* 4/16, 12 (disponible en https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1266_es.pdf); MATO PACIN, N. (2017). Cláusulas abusivas y empresario adherente. Madrid: BOE, 418-419 y 444.

⁶¹ *Vid.*, al respecto, HERBOSA MARTÍNEZ, I. Los criterios objetivos de integración del contrato: supuestos en los que se admiten y alcance de su función. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 773, 1232-1235.

⁶² *Vid.*, en este sentido, Díez-Picazo, L. (1996). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, 5.^a ed. Madrid: Civitas, 479, quien explica que la causa que se corresponde a la moral del artículo 1275 coincide con la idea de «causa torpe», de tal modo que el ámbito natural de aplicación es el del contrato inmoral o *contra bonos mores*, que se deberá fijar de acuerdo con los criterios de la moral social imperante en la sociedad en un determinado momento histórico.

⁶³ *Vid.*, Díez-Picazo, 1996, 159, en cuanto a la posibilidad de utilizar dicho término en sentido amplio.

⁶⁴ Díez-Picazo, 1996, *loc. cit.*

⁶⁵ *Vid.*, en este sentido, ATS de 26 de febrero de 2020, y las sentencias que allí se citan.

⁶⁶ Las dos ideas básicas que subyacen a los contratos con condiciones generales, a saber, la falta de un consentimiento auténtico y la consiguiente falta de vinculación del adherente respecto del contenido del contrato. Como explica MIQUEL GONZÁLEZ, 1996, 4948-4949, los requisitos de inclusión o de incorporación no garantizan un auténtico consentimiento del consumidor respecto del contenido de las condiciones generales. Ello supone que cuando el adherente presta su consentimiento, aunque se cumplan estos requisitos, no puede decirse que haya consentido su contenido y, por tanto, no queda vinculado por este. Las consecuencias que se deducen de esta concepción son que no se puede imputar al adherente falta de diligencia por no conocer su contenido ni se pueden considerar estas reglas como producto de su voluntad.

⁶⁷ *Vid.*, en este sentido, MIQUEL GONZÁLEZ, 1996, 4951.

⁶⁸ *Vid.* PAGADOR LÓPEZ, J. (1999). Impugnación por vicios del consentimiento y condiciones generales de la contratación. *Diario la Ley*, Sección Doctrina, Ref. D-87, tomo 2 (consultado laleydigital, 4).

⁶⁹ *Vid.*, MIQUEL GONZÁLEZ, 1996, 4951. Esta interpretación se defiende en un momento en que el último borrador del Proyecto de condiciones generales contenía una cláusula general en la que se consideraban nulas de pleno derecho «las cláusulas de condiciones generales que contradigan, en perjuicio del adherente, las exigencias de la buena fe» definiéndose en qué consistía o cuál era la versión de la buena fe aplicable a este supuesto. En el apartado 2 se hacía referencia a las cláusulas sorprendentes o sorpresivas al señalar «Se reputan contrarias a la buena fe las cláusulas que injustificadamente derogan las normas aplicables al contrato o modifiquen los derechos y obligaciones inherentes a su naturaleza» (se hace referencia a ello en 4954). En otras palabras, el deber de respetar las exigencias de la buena fe tenía un proyectado apoyo

legal, con un contenido muy preciso, que después no llegó a existir. A pesar de la falta de incorporación de este precepto, el autor citado mantiene esta interpretación en obras posteriores, siendo uno de sus defensores más autorizados, MIQUEL GONZÁLEZ, 2002, 464 y MIQUEL GONZÁLEZ, 2011, 736-737, llegando a equiparar la integración contractual conforme a la buena fe con los artículos 80 y 82 TRLGDCU (se habla de «estrecho parentesco» entre ambas). Asimismo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1987). En R. Bercovitz Rodríguez-Cano y A. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*. Madrid: Tecnos, 193.

⁷⁰ Desarrolla ampliamente esta interpretación, ALBIEZ DOHRMANN, 2009, 208-219 y MATO PACÍN, 2017, 403-448. Asimismo, *vid.* PERTÍÑEZ VILCHEZ, F. (2009). Los contratos de adhesión y la contratación electrónica. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano. *Tratado de contratos*, tomo II, Valencia, 2009, 1656 y sigs.

⁷¹ Lo entiende de manera distinta, MATO PACÍN, 2017, 405 y 444, como forma de salvar la posibilidad de aplicar el artículo 1258 del Código civil, y su mención a la buena fe sin poner en entredicho el principio de autonomía de la voluntad *ex* artículo 1255.

⁷² *Vid.* ALFARO AGUILA-REAL, J. (1991). *Las condiciones generales de la contratación*. Cívitas: Madrid, 101.

⁷³ *Vid.* MIQUEL GONZÁLEZ, 1996, 4951.

⁷⁴ *Vid.* MATO PACÍN, 2017, 417-420 y 444.

⁷⁵ *Vid.*, PASTOR VITA, F.J. (2005). Las condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre empresarios. *Diario La Ley*, núm. 6367, Sección Doctrina, 25 de noviembre de 2005, Ref. D-274.

⁷⁶ El precepto citado establece expresamente la nulidad de aquellas cláusulas o prácticas relacionadas con «la fecha o el plazo de pago, el tipo de interés de demora o la compensación por costes de cobro cuando resulte manifiestamente abusiva en perjuicio del acreedor», atendiendo a todas las circunstancias del caso, entre las que se menciona «Cualquier desviación grave de las buenas prácticas comerciales, contraria a la buena fe y actuación leal» (cfr. art. 9).

⁷⁷ En lo que respecta a esta Ley, el artículo 41.3, con remisión a la Ley 3/2004, declara nulo el pacto en contrario respecto de las reglas de demora reguladas en dicho precepto cuando tenga un «contenido abusivo en perjuicio del porteador». Por su parte, el artículo 38, en el que se regula la revisión del precio del transporte por carretera en función de la variación del precio del gasóleo, contiene un apartado 4 en el que se establece la nulidad del pacto en contrario «en todos aquellos casos en que tenga un contenido claramente abusivo en perjuicio del porteador».

⁷⁸ En el supuesto que da lugar a esta sentencia, se presenta demanda por el vendedor de una vivienda sobre plano en la que se interesa la validez y eficacia del contrato suscrito, así como la condena al cumplimiento del contrato, incluidos los intereses de demora pactados y una serie de gastos e impuestos. El demandado se opone a la demanda y formula reconvencción en la que se solicita, por lo que ahora interesa, que se declare la nulidad e ineficacia del contrato de compraventa por contener cláusulas abusivas, contrarias a la buena fe y al justo equilibrio de las prestaciones de las partes, con la consiguiente restitución de las cantidades entregadas a cuenta; y, subsidiariamente, la revisión del contrato en virtud de la cláusula *rebus sic stantibus*. El Tribunal Supremo, al no tener el comprador la condición de consumidor por integrarse la adquisición de la vivienda en su actividad profesional, no consideró aplicable el régimen de nulidad por abusividad previsto en la legislación de consumidores y usuarios.

⁷⁹ Entre las resoluciones más recientes reiteran esta doctrina, varios Autos dictados fechados el 26 de febrero de 2020 (rec. 3534/2017, 4030/2017, 4498/2017, 4863/2017 y 5046/3017).

⁸⁰ Así lo señala, entre otros, CARRASCO PERERA, 2010, 528-529. Sin embargo, tan tajante afirmación no puede fundarse en la cita de algunas resoluciones de las Audiencias Provinciales, como hace el autor citado.

⁸¹ Parece advertir esta diferencia PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2016), cuando señala que el recurso a la buena fe para expulsar del contrato condiciones no negociadas en contratos con empresarios puede tener un significado distinto «cuando lo que se demanda es la ineficacia de una cláusula por su carácter objetivamente desequilibrado que cuando se demanda su exclusión por su carácter sorpresivo respecto del contenido contractual que legítimamente se ha habia representado el adherente», 14. Sin embargo, el autor citado parece entender que ambas facetas de la buena fe permiten llevar a cabo un control de contenido del contrato que tendría cobertura en el artículo 1258 del Código civil.

⁸² Este es el caso de la STS de 15 de noviembre de 2006 y de 22 de octubre de 1996 citadas por la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, a las que nos hemos referido de manera más detallada en las notas 49 y 50, respectivamente. En esencia, decíamos entonces, que el Tribunal Supremo recurre a la doctrina de las expectativas legítimas aunque, dado el concreto supuesto enjuiciado por estas sentencias, también cabía aplicar la regla de dar plena efectividad al contrato que impone el artículo 1258 del Código civil.

⁸³ Menciona por primera vez este tipo de cláusulas la STS de 17 de octubre de 2007, aunque no extrae ninguna consecuencia práctica de dicha calificación. Con trascendencia en el fallo, incorporan la doctrina de las cláusulas sorprendentes, las STS de 22 de abril de 2016 y 2 de marzo de 2017.

⁸⁴ Sobre estos indicios normativos, que después reitera la STS de 17 de octubre de 2007, *vid.*, PAGADOR LÓPEZ, J. (2000). Requisitos de incorporación de las condiciones generales y consecuencias negociales. En U. Nieto Carol (dir.). *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*. Lex Nova: Valladolid, 257.

⁸⁵ *Vid.*, en este sentido, MIQUEL GONZÁLEZ, 1996, 494. De forma más tajante, ALFARO ÁGUILA-REAL (1991) llega a afirmar que «las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato, aun cuando se trate de cláusulas prerredactadas, no son condiciones generales en sentido legal y, por lo tanto, no deben quedar sometidas al control de contenido», 138.

⁸⁶ En el ámbito del seguro, algunos consideran que el control de las cláusulas sorprendentes que no han sido consentidas por el adherente «se presenta como una manifestación expresa de la protección del consentimiento negocial del tomador o asegurador», en particular, por la vía error (MIRANDA SERRANO, 2007, 1177).

⁸⁷ Respecto a la posibilidad teórica de utilizar ambas vías, aunque se refiere propiamente a los mecanismos específicos establecidos en dicha ley, *vid.* PAGADOR LÓPEZ, 1999, 4. El matiz es importante, ya que la solución de los pactos sorprendentes no se halla expresamente establecida en la ley, aunque su aplicación tenga una justificación clara, como veremos, en el ámbito de los contratos con condiciones generales.

⁸⁸ Lo entiende de manera distinta para al error PAGADOR LÓPEZ (1999), al considerar admisible que el error, aun siendo esencial, afecte solo a una parte de la declaración, sobre la base de la opinión que dice tener apoyo en un sector de la doctrina civilista, 6.

⁸⁹ Aunque en caso de incumplimiento del contrato, el remedio preferente de tutela viene dado por la pretensión de cumplimiento de la prestación *in natura* o forma específica, en este caso la pretensión indemnizatoria no tiene su origen en una situación de incumplimiento sino en el engaño (vicios del consentimiento) padecido por el adherente.

⁹⁰ En el sentido apuntado, un sector de la doctrina se ha mostrado favorable a reconducir al control de incorporación aquellos aspectos donde no fuera aplicable el control del contenido en relación con los elementos esenciales del contrato; *vid.* MIQUEL GONZÁLEZ, 2002, 449.

⁹¹ EL principal valedor de esta interpretación es CÁMARA LAPUENTE, S. (2006). *El control de las cláusulas abusivas sobre los elementos esenciales del contrato*. Thomson-Aranzadi: Pamplona, 123. En relación al caso concreto de las cláusulas suelo, sitúan el control de transparencia en el ámbito del artículo 5.5 LCGC: SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015). Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes). *Revista Crítica de Derecho Immo-*

biliario, núm. 748, 688. PLAZA PENADÉS, J. (2013), quien lo entiende sin perjuicio de que en los contratos con consumidores se aplique dicho control «un tanto vinculado al control de contenido o abusividad» (Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo, *Diario la Ley*, Sección Doctrina, núm. 8112, 25 de junio de 2013 (consultado en laleydigital)).

⁹² *Vid.*, PASQUAU LIANO, M. (2016). De la protección del consumidor a la reforma del derecho común de la contratación. En B. Añoveros Terradas y S. Llebaría Samper (coord.). *El contrato: apuntes para una revisión*. Thomson-Aranzadi: Pamplona, 282 y 283.

⁹³ La doctrina de las expectativas legítimas subyace a las llamadas «cláusulas sorprendentes» para la calificación de determinadas cláusulas como limitativas de derechos, a las que se refieren las SSTS de 22 de abril de 2016 y 2 de marzo de 2017 citadas más arriba.

⁹⁴ La doctrina de las expectativas legítimas, según la mejor doctrina, es la que explica la integración del contenido publicitario en el contrato en los contratos con condiciones celebrados con consumidores *ex* artículo 61 TR-LGDCU; *vid.*, en este sentido PAGADOR LÓPEZ, J. (2001). Título II. Condiciones generales y cláusulas abusivas. En Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco (dirs.). *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del TRDCU*. Madrid: Iustel, 1367.

⁹⁵ *Vid.*, en este sentido ALFARO AGUILA-REAL, J. (2010). El control de la adecuación entre precio y prestación en el ámbito del Derecho de las cláusulas predisuestas, consultado en https://www.upf.edu/eventia/08/mercantil/pdf/Adecuacion_precio_prestacion_J_Alfaro.pdf, 10. El autor citado admite, con carácter subsidiario, un control de contenido para determinar si se alteran las expectativas del consumidor respecto de dichos elementos, es decir, para el caso de que las cláusulas predisuestas no cumplan con la exigencia adicional de transparencia, y no permitan conocer su contenido y alcance.

⁹⁶ La STS de 30 de enero de 2020, en principio, en el sentido apuntado señala que «habrá que tomar en consideración el nivel de información proporcionado, pues una correcta información excluiría el factor sorpresivo». Y añade «la diligencia empleada por el prestatario adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas del préstamo y los posibles efectos futuros de la condición general discutida sobre el coste del crédito...». A mi juicio, como se señala en el texto, de manera lógica con lo que se viene diciendo, bastará con analizar la diligencia para conocer el contenido correcto de la cláusula.

⁹⁷ *Vid.*, LÓPEZ Y LÓPEZ, 2016, 591.

⁹⁸ *Vid.* LÓPEZ Y LÓPEZ, 2016, *loc. cit.*

⁹⁹ Como es sabido, aunque esta cuestión ha sido objeto de un amplio debate en caso de nulidad por abusividad en la contratación con consumidores, a raíz de la STJUE de 14 de junio de 2012, el artículo 83 se modificó en el sentido apuntado en el texto.

¹⁰⁰ No obstante, para el supuesto específico de los pactos sorprendentes, lo entienden de manera distinta PASCUAU, 2016, 282 y 283, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2016, 14-15. En general, para cualquier contenido del contrato que implique contravenir dicho principio, *vid.* MATO PACÍN, 2017, 439, quien considera que, frente a una moderación de la cláusula, es más adecuada la ineficacia de la misma; argumenta que este sería el resultado de contraponer una condición -fruto de una teórica voluntad de las partes- con el principio de general de buena fe, que obliga a todo contratante.

¹⁰¹ Como es sabido, la aplicación de este principio manifiesta su eficacia, sobre todo, en el Derecho administrativo, tanto en el Derecho español como en el Derecho comunitario (sobre este último ámbito, *vid.* SANZ RUBIALES, I. (2000). El principio de confianza legítima, limitador del poder normativo comunitario. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 7, 91-122). No obstante, está fuera de toda duda su aplicación en el Derecho privado, aunque —como se dice en el texto— no se aplica de manera directa, sino a través de preceptos y reglas concretas elaborada por la jurisprudencia que lo desarrollan.

¹⁰² Se pronuncia en este sentido, ALFARO AGUILA-REAL, J. (2017), siguiendo la propuesta de PANTALEÓN, de considerar que la mejor forma de proteger al consumidor es aplicar las normas sobre el dolo incidental, cuyas consecuencias, como se explica en el texto, serían exactamente las mismas que cabría alcanzar si se considera que la regla de las expectativas permite un control del contenido del contrato (Cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato. En <https://almacendederecho.org/clausulas-predispuestas-describen-objeto-principal-del-contrato/>).

¹⁰³ *Vid.*, en este sentido PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2016, 15, quien parece considerar aplicable esta regla para la sanción de «expulsión» del contrato.

*(Trabajo recibido el 13-5-2020 y aceptado
para su publicación el 24-9-2020)*

Los Derechos civiles en España
ante la Convención de Naciones
Unidas sobre discapacidad. Especial
referencia al Derecho civil aragonés:
¿una adaptación condicionada
por la reforma estatal?

*Civil laws in Spain in the light of
the United Nations Convention
on disability. Special reference to
Aragonese civil law: an adaptation
conditioned by the reform of the state
private legal system?*

por

M.^a VICTORIA MAYOR DEL HOYO
*Profesora titular de Derecho civil
Universidad de Zaragoza*

RESUMEN: La ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas para los *derechos* de las personas con discapacidad implica la necesidad de adaptar nuestro Derecho interno. En concreto, el Derecho civil

debe adaptarse al ya conocido artículo 12 de la Convención. La doctrina suele centrar su atención en la acomodación del Código civil, pero no debe olvidarse que la obligación de reconsiderar la regulación existente incumbe tanto al legislador estatal como, en su caso, a los legisladores territoriales. El presente artículo estudia la adaptación de los Derechos civiles en España: del Código civil y de los derechos civiles territoriales, con especial referencia al Derecho civil aragonés. Y analiza la posible incidencia de la reforma del ordenamiento jurídico privado estatal en la adaptación de las normas aragonesas como consecuencia de los problemas de armonización que, de otra forma, podrían llegar a existir.

ABSTRACT: Spain's ratification of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities implies the need to adapt our internal law. In particular, civil law must be adapted to the well-known artículo 12 of the Convention. The doctrine tends to focus its attention on the accommodation of the Civil Code, but it must be taken into account that the obligation to reconsider the existing regulation lies both with the State legislator and, where appropriate, with the territorial legislators. This research examines the adaptation of civil rights in Spain: the Civil Code and territorial civil rights, with special reference to Aragonese civil law. It also addresses the potential impact of the reform of the state private legal system on the adaptation of the Aragonese norms as a consequence of the problems of harmonization that might otherwise exist.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad. Capacidad jurídica. Autonomía de la voluntad. Interés de la persona con discapacidad. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. Separación y divorcio. Filiación. Publicidad registral. Derecho civil aragonés.

KEY WORDS: Disability. Legal capacity. Autonomy of will. Interest of the person with disabilities. Contract law. Civil liability. Separation and divorce. Filiation. Registration publicity. Aragonese civil law.

SUMARIO: I. LA ADAPTACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PRIVADO, EN ESPECIAL DEL CÓDIGO CIVIL, A LA CONVENCIÓN: DEL COMITÉ DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD AL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CIVIL. —II. LOS DERECHOS TERRITORIALES ANTE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS: EN ESPECIAL, EL DERECHO CIVIL ARA-

GONÉS: 1. INTRODUCCIÓN. LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO CIVIL CATALÁN. 2. LA CAPACIDAD Y LA GUARDA Y PROTECCIÓN DE LA PERSONA EN EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS. 3. LA RECIENTE LEY ARAGONESA 5/2019, DE 21 DE MARZO, DE DERECHOS Y GARANTÍAS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 4. LA PENDIENTE ADAPTACIÓN DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS A LA CONVENCIÓN: A) *El legislador aragonés ante la Convención.* B) *Los problemas de armonización con la legislación estatal como posible interferencia en la libertad del legislador aragonés:* a) Problemas derivados de los derechos civiles aplicables a capacidad y a instituciones de apoyo. b) Armonización en materia de obligaciones y contratos. c) Armonización en materia de responsabilidad civil. d) Armonización en relación con las normas de separación y divorcio. e) Armonización en materia de filiación. f) Armonización en materia procesal. g) Armonización en materia de publicidad registral. C) *¿Nuevamente el Derecho foral tras la senda del paradigma estatal?*.—III. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA ADAPTACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PRIVADO, EN ESPECIAL DEL CÓDIGO CIVIL, A LA CONVENCIÓN: DEL COMITÉ DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD AL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CIVIL

Como se sabe, nos hallamos inmersos en un proceso de cambio de percepción y tratamiento de la discapacidad impulsado por la Convención de Naciones Unidas para los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York en 2006, y ratificada por España, junto con su Protocolo facultativo, inmediatamente después¹.

El propósito de la Convención, según establece su artículo 1, es «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente», entendiéndose por *personas con discapacidad* —y, por tanto, destinatarias de esta norma internacional— «aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

Conforme a ello, la Convención, más allá de considerar la discapacidad como objeto de protección social, como había sucedido hasta el momento, crea una nueva sensibilidad que vela por la promoción de la autonomía vital y jurídica de las personas con discapacidad e insta a los Estados a proporcionar el correspondiente apoyo para el ejercicio de dicha autonomía.

El primero de sus principios, enumerados en el artículo 3, es, precisamente, el del respeto a la «autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas». Y, en esta línea, el artículo 12, referido al «igual reconocimiento como persona ante la ley», tras afirmar que las personas con discapacidad «tienen derecho [...] al reconocimiento de su personalidad jurídica» —párrafo 1.º—, establece que los «Estados Parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida» —párrafo 2.º—. A continuación, instituye el deber de los Estados de adoptar «las medidas pertinentes» que proporcionen el acceso de estas personas «al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica» —párrafo 3.º— y la obligación de asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias para impedir abusos en materia de derechos humanos —párrafo 4.º—. «Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial» —párrafo 4.º—.

Como es natural, los Estados Parte debemos adaptar los ordenamientos internos. Por lo que se refiere al legislador español, este ha ido dando respuestas sectoriales a los imperativos de la Convención —norma, por otra parte, directamente aplicable tras su publicación en el BOE—. La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, llevó a cabo de forma oficial la acomodación al texto internacional, modificando numerosas leyes en distintos ámbitos de nuestro ordenamiento (sanidad, empleo, accesibilidad, protección civil, cooperación internacional, etc.). Posteriormente, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social; texto que, pese a su título, no abarca toda la regulación del tema, sino que solo comprende los aspectos contenidos en las leyes refundidas, centradas, sobre todo, en cuestiones de accesibilidad y no discriminación². A ello hay que sumar: la reforma del Código penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo; la Ley de Jurisdicción voluntaria —Ley 15/2015, de 2 de julio— (modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, precisamente en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones); la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado —LO 5/1995, de 22 de mayo— para garantizar la

participación de las personas con discapacidad sin exclusiones; y la LO 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General —LO 5/1985, de 19 de junio— para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

Ninguna de las reformas mencionadas aborda los aspectos jurídico-privados de la discapacidad y su adecuación al artículo 12: en concreto, los relativos a lo que conocemos como capacidad jurídica y capacidad de obrar, procesos de modificación de la capacidad de obrar e instituciones de guarda de las personas con discapacidad. La inquietud, sin embargo, existe desde el principio: no había transcurrido un año desde la publicación en el BOE del Instrumento de ratificación y ya la Ley 1/2009, de 25 de marzo (que modificó la Ley del Registro Civil de 1957 y la Ley sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad de 2003) concedió al Gobierno el plazo de seis meses desde su entrada en vigor para remitir a las Cortes Generales «un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención». El mandato se incumplió³.

Posteriormente, la citada Ley 26/2011 de adaptación normativa a la Convención, en lugar de entrar en estas cuestiones, se limitó a aplazar nuevamente su tratamiento. En concreto, dispuso en la disposición adicional séptima: «El Gobierno, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención [...], en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen».

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, en 2011, en sus *Observaciones finales sobre el Informe presentado por España en virtud del artículo 35 de la Convención*⁴, si bien congratuló al Estado español por los progresos que supuso la Ley 26/2011, mostró, sin embargo, su preocupación por el retraso en aplicar una nueva legislación que «regule el alcance y la interpretación del artículo 12» y recomendó a España que «revise las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona»⁵.

Con esos antecedentes, y transcurrido el plazo otorgado por la Ley 26/2011 sin la presentación del proyecto de ley, en 2012 se presentó en el Congreso una Proposición no de ley relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida⁶, que fue aprobada por el Pleno por 307 votos a favor y 12 abstenciones. En ella se instaba al Gobierno, en los mismos términos que la disposición adicional séptima de la Ley 26/2011, a remitir a las Cortes Generales, esta vez en el plazo de tres meses, un Proyecto de Ley para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención⁷. Pero, una vez más, el encargo se incumplió.

En el Pleno de la Comisión General de Codificación de 5 de noviembre de 2015, el ministro de Justicia determinó como primera tarea de la Sección Primera la reforma de la legislación civil para cumplir con lo dispuesto en la disposición adicional séptima de la Ley 26/2011. Durante las sesiones desarrolladas entre el 18 de noviembre de 2015 y el 13 de diciembre de 2017 la Comisión trabajó en la elaboración de un texto que fue sometido a la consideración del ministro el 20 de febrero de 2018⁸. El cambio de Gobierno producido en junio de ese año no supuso un obstáculo para el trabajo presentado y el 21 de septiembre de 2018 el Consejo de Ministros aprobó el *Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación y procesal en materia de discapacidad*. La disolución del Congreso de los Diputados y del Senado por el Real Decreto 129/2019, de 4 de marzo, impidió que pudiera continuarse con el proceso legislativo, pero, como después se expondrá, este —seguramente— se reanudará en cuanto la estabilidad política lo permita⁹.

Así las cosas, el Comité de Naciones Unidas en las *Observaciones finales sobre los Informes periódicos segundo y tercero combinados de España*, realizados en 2019¹⁰, incide en la necesaria adaptación al artículo 12: señala que «le preocupa que el Código civil del Estado Parte permita privar de capacidad jurídica a una persona por motivos de discapacidad y mantenga regímenes de sustitución en la adopción de decisiones» y «recomienda al Estado Parte que derogue todas las disposiciones legislativas discriminatorias con miras a abolir por completo los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones, reconozca la plena capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad e introduzca mecanismos de apoyo para la adopción de decisiones que respeten la dignidad, la autonomía, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad»¹¹.

Como se observa, las manifestaciones del Comité en estas últimas *Observaciones* son más contundentes y directas, si cabe, quizás tratando de excluir otras posibles opciones en orden a conseguir la adaptación. No hay que obviar que, dejando aparte los últimos momentos de precariedad política, el retraso en la acomodación de nuestro Derecho privado a la Convención es, probablemente, debido a la complejidad de la materia —y lo delicado

de su tratamiento— y al debate que durante todos estos años esa complejidad ha generado en la comunidad científica acerca de cómo debe ser la adaptación al artículo 12. Han sido muchos y muy dispares los puntos de vista acerca de la interpretación del artículo 12, del grado de compatibilidad o incompatibilidad de nuestras normas jurídico-privadas con este precepto de la Convención y, en consecuencia, del alcance y contenido de su modificación. Así, se han vertido ríos de tinta sobre cómo afecta la previsión del artículo 12.2 a la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar propia de nuestro Derecho privado, sobre el mantenimiento o no de la modificación de la capacidad de obrar y, en su caso, en qué términos, y sobre el mapa de medidas o instituciones de apoyo que deben contener nuestras normas¹².

Ciertamente, los juristas españoles no hemos sido una excepción¹³. Prueba de ello es que a la vista de los informes presentados por los Estados Parte ante el Comité, este concluyó en 2014 —ocho años después de que se aprobara la Convención— que había problemas de comprensión y un «malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados Parte en virtud del artículo 12 de la Convención»¹⁴, por lo que decidió emitir una Observación General —la núm. 1— en la que ofrece a todos los Estados una interpretación del artículo 12 y un análisis de las obligaciones derivadas del mismo. Se expone a continuación una síntesis del contenido de la Observación:

1.º Comienza indicando que el primer párrafo del artículo 12 «garantiza que todo ser humano sea respetado como una persona titular de personalidad jurídica, lo que es un requisito indispensable para que se reconozca la capacidad jurídica de la persona».

2.º Continúa recordando que el segundo párrafo del artículo 12 reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Y explica que la capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin. Para que se cumpla el derecho a la capacidad jurídica deben reconocerse las dos facetas de esta. Indica que la aptitud deficiente para tomar decisiones a causa de una discapacidad no debe utilizarse como justificación para negar o retirar la capacidad de actuar.

3.º Prosigue exponiendo que el tercer párrafo del artículo 12 establece que los Estados Parte tienen la obligación de proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que sea preciso para el ejercicio de su

capacidad jurídica, es decir, para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos. Señala que el apoyo nunca debe consistir en decidir por ellas. En todo momento, incluso en situaciones de crisis, deben —dice— respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad de adoptar decisiones. Hay que contar, además, —continúa diciendo el Comité en la Observación— con la posibilidad de que la persona con discapacidad puede no desear ejercer su derecho a recibir este apoyo.

4.º El cuarto párrafo del artículo 12 dispone que los Estados asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir abusos.

El objetivo principal de esas salvaguardias debe ser garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. Observa que este respeto incluye el derecho a asumir riesgos y a cometer errores.

Continúa indicando que cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del «interés superior» debe ser sustituida por la «mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias». Señala que el paradigma de «la voluntad y las preferencias» debe reemplazar al del «interés superior» para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás.

Las salvaguardias deben incluir la protección contra la influencia indebida. Considera que hay influencia indebida cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación. Esta protección, sin embargo, debe —añade— respetar la voluntad y preferencias de la persona, incluido el citado derecho a asumir riesgos y equivocarse.

5.º De acuerdo con todo lo anterior, el Comité considera que los Estados tienen la obligación de reemplazar los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones (entre los que cita la tutela plena o parcial, la interdicción judicial...) por un apoyo para la adopción de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona. Advierte de que no basta para cumplir con el artículo 12 con crear sistemas de apoyo a la adopción de decisiones manteniendo paralelamente los regímenes basados en la adopción sustitutiva de decisiones, sino que es preciso suprimir estos regímenes¹⁵.

La Observación General no apaciguó el debate, más bien podría decirse que lo reavivó, porque sirvió para que los distintos puntos de vista se deslizaran hacia los extremos. El amplio abanico de reacciones va desde la acogida sin reservas de la Observación como referente y guía para la adaptación del ordenamiento hasta la puesta en duda tanto de la conveniencia del nuevo paradigma que se trata de implantar en su expresión más radical como del propio valor de las Observaciones del Comité, pasando, naturalmente, por

posiciones intermedias. Las voces más críticas con el contenido de esta Observación General han llegado a afirmar que la Observación constituye una amenaza para los derechos fundamentales de las personas con discapacidad psíquica y han reprochado la ausencia de expertos médicos en el Comité¹⁶. Por lo que se refiere al valor de la Observación, se ha discutido acerca de la obligatoriedad de los Estados de asumirla al pie de la letra. Merece la pena hacer un pequeño alto en este punto.

La Convención, como suelen hacer otros tratados, ordena la creación de un comité de seguimiento de su aplicación: el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —art. 34—. Dispone que los Estados deben presentar al Comité informes sobre las medidas adoptadas para cumplir con la Convención y sobre los progresos que van realizando: uno —el informe inicial— en el plazo de dos años desde la entrada en vigor y, posteriormente, cada cuatro años —informes ulteriores —(art. 35.1 y 2). Y establece que el «Comité considerará todos los informes, hará las sugerencias y las recomendaciones que estime oportunas respecto a ellos y se las remitirá al Estado Parte de que se trate» —art. 36—. Ya se han expuesto las Observaciones que el Comité hizo a los informes inicial (en 2011) y segundo y tercero (en 2019) de España. Por otro lado, la Convención prevé que el Comité pueda «hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y datos recibidos de los Estados Parte en la Convención» —art. 39—. A esta previsión responde la Observación General 1 sobre el artículo 12. Aparte de lo anterior, los Estados Parte en el Protocolo Facultativo de la Convención —entre los que se encuentra España— reconocen la competencia del Comité para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de las disposiciones de la Convención —art. 1 del Protocolo—, ante las cuales el Comité hará llegar al Estado las sugerencias y recomendaciones oportunas —arts. 5 y 6 del Protocolo—.

Como observa DE SALAS MURILLO (2018, 2 a 6) —que ha realizado un interesante estudio sobre esta cuestión—, algunos autores han manifestado que los pronunciamientos del Comité se erigen en criterio de interpretación auténtico y jerárquico, y gozan de la misma primacía de la propia norma internacional cuyo seguimiento se les encomienda¹⁷. Otros han expresado, refiriéndose a los pronunciamientos de los órganos internacionales de control, que constituyen más bien «una interpretación autorizada del tratado que supervisan de la que no deben apartarse los poderes nacionales y menos aún las autoridades normativas españolas» (CUENCA GÓMEZ, P., 2012, 23)¹⁸.

Puede ser interesante recordar, aunque ciertamente en un ámbito distinto —como destaca la citada autora—, que el Tribunal Constitucional ha

afirmado que las resoluciones y dictámenes de la OIT no son vinculantes, sino que, «distintas de los Convenios, [...], son textos orientativos, que sin eficacia vinculante pueden operar como criterios interpretativos o aclaratorios de los Convenios» —STC 38/1981, de 23 de diciembre—.

Por otro lado, la fuerza interpretativa de estos órganos ha sido puesta en duda desde hace algún tiempo con ocasión de los dictámenes del Comité de Derechos Humanos en los que se condenaba a España por vulnerar el artículo 14.5 del Pacto de Derechos civiles y políticos. Invocados estos dictámenes ante el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional para justificar la vulneración del derecho al doble grado jurisdiccional, el primero ha indicado que el Comité de Derechos Humanos es un órgano político y que sus resoluciones o dictámenes carecen de aptitud para crear doctrina vinculante —STS 141/2005 de 11 de febrero—, y el segundo, yendo más allá, ha considerado que los dictámenes del Comité «no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto porque la norma internacional no le otorga tal competencia» —STC 116/2006, de 24 de abril¹⁹.

En esta línea parece que va la comunidad jurídica internacional. Así se deduce del Informe realizado por el Essex Autonomy Project, en 2016, con ocasión de la evaluación del cumplimiento del artículo 12 por la legislación del Reino Unido²⁰. El Informe contiene un apéndice —el Appendix A— titulado «On the Legal Status of General Comments» (The Essex Autonomy Project. Three Jurisdictions Report..., 2016, 54 a 57) en el que se exponen los resultados del análisis de las opiniones publicadas sobre la «situación o estatus jurídico» de las Observaciones Generales de los órganos de Naciones Unidas creados en virtud de tratados, teniendo en cuenta para ello tanto debates académicos como material de fuentes de Naciones Unidas:

En él se indica que los resultados muestran una coherencia notable: todos los materiales publicados que pudieron identificar convinieron en que las Observaciones Generales emitidas por los órganos de tratados de Naciones Unidas no son jurídicamente vinculantes. No pudieron identificar ninguna declaración publicada de la opinión contraria. Se destacan al respecto en el texto las conclusiones de un informe —de 2004— de la International Law Association sobre el impacto de los pronunciamientos de estos órganos, en las que se afirma que los gobiernos han tendido a subrayar que, si bien las Observaciones finales y generales de los órganos creados en virtud de tratados han de recibir considerable importancia como pronunciamiento de los expertos de los órganos en las cuestiones que abarca el tratado, no son en sí mismas interpretaciones formalmente vinculantes del tratado; y que, si bien los Estados las examinarán detenidamente, es posible que no las pongan en práctica de oficio.

Continúa exponiendo el documento del Essex Autonomy Project que, si bien hay acuerdo sobre el carácter no vinculante de las observaciones generales,

su condición jurídica, sin embargo, no está del todo clara. Explica que se afirma con frecuencia que contienen «interpretaciones autorizadas» de los tratados. Pero no es cuestión pacífica: recuerda que tanto Estados Unidos como el Reino Unido, en sus comunicaciones sobre el proyecto de Observación General 33 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, rechazaron la afirmación de que el Comité de las Naciones Unidas es el intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ni siquiera está del todo admitido que las observaciones sean una práctica ulterior que refleje acuerdo entre los Estados Parte sobre la interpretación del tratado, en el sentido del artículo 31.3 b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Concluye, finalmente, el documento que, a la vista del estudio realizado, los Estados no están obligados por las interpretaciones de los Comités y que pueden cuestionar su corrección y rechazarlas, sin que por ello incumplan necesariamente sus obligaciones convencionales.

En nuestro país, con base precisamente en estas conclusiones, algún sector doctrinal —la citada autora (DE SALAS MURILLO, S., 2018. 6 y en prensa)— ha manifestado serias dudas respecto de la obligatoriedad de seguir a la letra el contenido de la Observación General núm. 1, al considerar que la obligación de los Estados de cumplir los tratados de buena fe implica que, efectivamente, no pueden ignorar los informes, recomendaciones y observaciones generales de este tipo de Comités, pero que, en última instancia, tienen el derecho de rechazar sus interpretaciones si encuentran base argumental para ello²¹.

El ya mencionado Anteproyecto, que en su versión de enero de 2019 pasa a denominarse Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, opta por una adaptación del ordenamiento jurídico al artículo 12 de la Convención conforme a la interpretación y recomendaciones del Comité en la Observación General núm. 1 y las Observaciones finales hechas a España²².

La adaptación no es abordada —como observa el Consejo de Estado— con meros cambios en preceptos concretos, especialmente del Código civil, sino que se opta por una reforma más ambiciosa y de mayor calado, que implicará no solo un cambio radical de ordenación sistemática y de numeración del Código civil, sino también, y sobre todo, un importante cambio en las instituciones civiles sobre la materia y materias conexas (con todas las modificaciones procesales que ello lleva aparejado), que supondrá un cambio de sistema (Dictamen C.E. 2019, 30): instaurará, en concreto, un sistema basado en la supresión de las declaraciones de incapacidad y el reemplazo del modelo tutelar de toma de decisiones mediante sustitución por un modelo de acceso a mecanismos de apoyo en la toma de decisiones. Este cambio de paradigma, naturalmente, repercutirá en otros ámbitos que constituyen

pilares básicos de nuestro ordenamiento, como el negocial o el relativo a la responsabilidad. Además, aunque la reforma prevista para el Código es la más extensa (afecta a casi doscientos artículos), no es la única ley que será modificada. Contiene también cambios en la Ley del Notariado, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley del Registro Civil —de 2011—, la Ley de Jurisdicción Voluntaria y la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad²³.

El Anteproyecto suprime las declaraciones de incapacidad: elimina el actual contenido del título X del libro I del Código civil, que lleva por rúbrica «De la incapacitación». De este modo desaparece el estado civil de incapacitado y se superan las tradicionales diferencias entre capacidad jurídica y capacidad de obrar en relación con los incapacitados —no respecto de los menores de edad—. Se considera que así se cumple el segundo párrafo del artículo 12 de la Convención, al reconocer a la persona con discapacidad «capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida», entendiéndolo por capacidad jurídica, como indica el Comité, la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones y de ejercerlos. Ello afecta de manera transversal a toda la regulación civil, que debe adaptarse a este cambio estructural del sistema²⁴.

De acuerdo con lo anterior, elimina el modelo de toma de decisiones mediante sustitución: suprime las instituciones de la tutela para las personas con discapacidad y de la patria potestad prorrogada y rehabilitada. La tutela, con su tradicional connotación representativa, queda reservada exclusivamente para los menores de edad. Por lo que se disocia la regulación de la menor edad y la discapacidad.

Y reemplaza ese modelo de sustitución por otro de apoyo en la toma de decisiones. Las medidas de apoyo se regulan en el proyectado título XI del libro I del Código civil —«De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica»—. La curatela, que es objeto de una profunda modificación, se convierte en el principal mecanismo de apoyo. El sistema lo completan el defensor judicial y la guarda de hecho.

La curatela en el Anteproyecto es exclusiva para las personas con discapacidad: desaparecen las funciones que actualmente atribuye el Código civil al curador en relación con los menores emancipados —o que han obtenido el beneficio de la mayor edad— y con los pródigos, que quedan atribuidas respectivamente, al defensor judicial y al asistente del pródigo. La finalidad de la institución es —en términos de la exposición de motivos— «asistencia, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las actuaciones de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial. No obstante, en los casos en los que sea preciso, y solo de manera excepcional, podrá atribuirse al curador funciones representativas»²⁵.

La figura del defensor judicial está prevista para cuando la necesidad de apoyo sea ocasional —aunque recurrente—, haya conflicto de intereses entre la figura de apoyo estable y la persona con discapacidad o sobrevenga imposibilidad coyuntural a la figura de apoyo habitual.

En cuanto a la guarda de hecho, experimenta un reforzamiento en el Anteproyecto al dejar de estar concebida como una situación provisional y pasar a ser una medida de apoyo en sí misma que se considera como deseable. Se prevé que el guardador pueda obtener una autorización judicial *ad hoc*, para determinados actos, de forma que no sea preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos.

El Anteproyecto sustituye el criterio del interés de la persona con discapacidad por el de respeto a su voluntad, deseos y preferencias en la actuación de las tres figuras de apoyo. Dispone, incluso, que cuando no sea posible determinarlos «se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración».

Por otro lado, el Anteproyecto avanza en el camino hacia la autorregulación que arrancó con la Ley 41/2003 y otorga absoluta preferencia a las medidas preventivas, es decir, a las que puede tomar la persona en previsión de una futura necesidad de apoyo, que han de prevalecer sobre las medidas que se establecen judicialmente. Adquieren así especial importancia los poderes y mandatos preventivos. Se introduce una nueva regulación de estos, dedicándoles un capítulo —el II— dentro del título XI, en la que se separa la autocuratela del otorgamiento de poderes preventivos y estos del mandato.

El nuevo paradigma de la discapacidad se proyecta, en distinto grado, sobre amplios sectores del ordenamiento jurídico-civil, por lo que son muchas las normas que a lo largo del Código civil precisan adaptación y que el Anteproyecto propone modificar: reglas de Derecho internacional privado; adquisición de la nacionalidad; efectos de la separación, nulidad y divorcio; determinación de la filiación; patria potestad; emancipación; régimen económico matrimonial, en especial, preceptos relativos a la sociedad de gananciales; posesión. Particularmente afectadas —como explica la exposición de motivos— van a resultar algunas reglas relativas al Derecho de sucesiones y al Derecho de contratos, dado que la capacidad de ejercicio de los derechos implica la posibilidad de realizar actos jurídicos de gran transcendencia, cuya celebración, validez y eficacia debe ser tratada de conformidad con la nueva perspectiva. Asimismo, la comprensión de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces, repercute en la idea de responsabilidad, en concreto, en el concepto de imputación subjetiva en la responsabilidad civil por hecho propio, y en una nueva y más restringida concepción de la responsabilidad por hecho ajeno.

La adaptación normativa también se extiende al ámbito procesal: se sustituyen los tradicionales procesos de modificación de la capacidad por los dirigidos a proveer de apoyos a las personas con discapacidad, optando por el cauce de la jurisdicción voluntaria cuando no haya oposición.

Por lo que se refiere al Registro de la Propiedad, la principal reforma consiste en la creación de un Libro único informatizado que dará publicidad a las resoluciones judiciales que establezcan medidas de apoyo.

También se prevé modificar la Ley del Registro Civil para que las resoluciones judiciales dictadas en los procedimientos de provisión de apoyos accedan al Registro civil. Por otro lado, se pretende que el Registro civil juegue un papel relevante en el sistema al hacer efectiva la preferencia de las medidas preventivas previstas por la persona respecto de sí misma o sus bienes.

El Anteproyecto, como se ha indicado, fue informado en primera vuelta el 21 de septiembre de 2018 por el Consejo de Ministros y se procedió a someterlo a los correspondientes trámites de consultas, dictámenes e informes. Trámites que han concluido con el Dictamen que el Consejo de Estado remitió el 22 de abril de 2019 a la ministra de Justicia, después de que el 4 de marzo se disolviera el Congreso y el Senado. Esta circunstancia ha impedido que el Consejo de Ministros lo apruebe como Proyecto de Ley y lo someta al Congreso. No obstante, no parece que el proceso iniciado con la propuesta de este texto vaya a detenerse y todo apunta a que se retomará en cuanto las circunstancias políticas lo permitan. De hecho, como ya se ha puesto de relieve, los cambios de Gobierno producidos en 2018 no influyeron en el proceso: el contenido del Anteproyecto presentado es sustancialmente el mismo que se había trabajado con el Gobierno anterior, fruto de la propuesta de la Comisión General de Codificación. En este sentido, el presidente de la Sección civil de esta Comisión ha afirmado que la acogida del texto por las entidades que representan a sus destinatarios es la mayor garantía de su perdurabilidad y que «el texto no tiene nada que ver con mayorías ni con minorías, ni con colores políticos, ni con preferencias ideológicas» (PAU PEDRÓN, A. 2019, 12)²⁶.

II. LOS DERECHOS TERRITORIALES ANTE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS: EN ESPECIAL, EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS

1. INTRODUCCIÓN. LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO CIVIL CATALÁN

Se han presentado las acciones encaminadas a adaptar a la Convención el tratamiento de la discapacidad en el Código civil. Pero el Derecho civil

del Estado no es el único Derecho civil en España que regula esta materia: también lo hacen el Código civil catalán y el Código del Derecho Foral de Aragón.

En Navarra, el Fuero Nuevo —Ley Foral 1/1973, de 1 de marzo— ha venido regulando la capacidad con referencia únicamente a la edad. La reciente actualización de este cuerpo legal por medio de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, mantiene de esta manera la actual versión del Fuero, «sin perjuicio de una futura legislación especial que regule de manera completa la capacidad y contemple todas las figuras de apoyo de las personas con la capacidad modificada judicialmente» —así lo señala el legislador en el preámbulo de la ley—. De manera que, en relación con las personas con discapacidad, se limita a regular los patrimonios protegidos —capítulo II del título I del libro I—, a regular el «poder en previsión de la modificación o pérdida de la capacidad o de la necesidad de medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de la capacidad jurídica» —en la ley 49— y a introducir a lo largo del texto algunas normas muy concretas relativas a su protección.

En Galicia, la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, incluía un título —el III— dedicado a la autotutela, para que la persona mayor de edad pudiera realizar sus propias disposiciones en previsión de una eventual incapacidad. Pero el título ha sido declarado inconstitucional y nulo por la STC 133/2017, de 16 de noviembre.

En cuanto que, como indicaba, los ordenamientos catalán y aragonés regulan la discapacidad desde un punto de vista iusprivatista será preciso que se adapten también a los postulados de la Convención de N.U. Aunque este estudio se centrará en la adaptación del Derecho civil aragonés, haré una breve mención al estado de la cuestión en Cataluña:

El libro segundo del Codi civil, relativo a la persona y a la familia, es posterior a la Convención —Ley 25/2010, de 29 de julio— y el legislador catalán trató de adaptarse, en su elaboración, a la Convención. Para ello, introdujo una gran variedad de instrumentos de protección con el fin de cubrir todo el abanico de situaciones en que pueden encontrarse las personas con discapacidad. De forma que la regulación resultante mantiene las instituciones de protección tradicionales vinculadas a la incapacitación, pero también regula otras que operan o pueden eventualmente operar al margen de esta, ateniéndose a la constatación de que en muchos casos la persona con discapacidad o sus familiares prefieren no promoverla. El legislador consideró en aquel momento que «esta diversidad de regímenes de protección sintoniza con el deber de respetar los derechos, voluntad y preferencias de la persona, y con los principios de proporcionalidad y de adaptación a las circunstancias de las medidas de protección, tal y como preconiza la Convención sobre los derechos de las personas con discapaci-

dad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por el Estado español» —así lo expresó en el preámbulo de la norma—. Por último, añadió que «las referencias del libro segundo a la incapacitación y a la persona incapacitada deben interpretarse de acuerdo con esta convención, en el sentido menos restrictivo posible de la autonomía personal».

Como se observa, la interpretación que hizo de la Convención el legislador catalán podría calificarse de moderada, lo que se traduce en una adaptación no maximalista. Encaja en la línea hermenéutica previa a la Observación General número 1 del Comité, que, precisamente, esta trató de disuadir (recuérdese que el Comité justificó la Observación por los problemas de comprensión y el malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados para adaptarse al art. 12). Como ya se ha expuesto, en la Observación se incide en que es preciso reemplazar los regímenes basados en la sustitución por otros fundados en el apoyo en la toma de decisiones, sin que sea suficiente para cumplir con el artículo 12 con —como hace el Código civil de Cataluña— crear sistemas de apoyo manteniendo paralelamente los regímenes basados en la adopción sustitutiva de decisiones. La misma recomendación hizo el Comité a España en las Observaciones particulares (2011 y 2019), también posteriores a la ley catalana.

Aunque, como se ha expuesto, el valor de las Observaciones ha generado debate y existen dudas sobre la obligatoriedad de seguir las interpretaciones del Comité, estas no han pasado desapercibidas en Cataluña y, en la actualidad, existe cierto movimiento para adaptarse a ellas. La actividad se está produciendo en un doble sentido: uno más político-social y otro más técnico-jurídico.

En relación con el primero, la Consejería de Bienestar Social ha articulado una Mesa para el Plan Nacional de Discapacidad con el fin de adaptar la normativa y las prácticas de la Administración pública catalana a los principios de la Convención. Este objetivo en Aragón se ha cumplido ya con la Ley de 2019, como se expondrá más adelante.

Por lo que se refiere al movimiento más técnico jurídico, hay un borrador de anteproyecto de ley de actualización del CCCat, en relación con las normas de capacidad jurídica y de obrar, que sigue su curso en el seno de la Comisión de Codificación de Cataluña. El texto, que prevé modificar los capítulos I y II del libro segundo del CCCat, incorpora explícitamente el derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad, establece que todas las personas pueden ejercitar por sí mismas sus derechos civiles con las medidas establecidas por la ley en su beneficio, de acuerdo con su capacidad natural, y dispone que, a petición de la propia persona o de otra en su interés, se pueden adoptar medidas de asistencia o de apoyo con el fin de garantizar el ejercicio de los derechos en situaciones personales en que sea conveniente, debiéndose respetar siempre la voluntad y las preferencias de la persona.

Junto a esta iniciativa, la propia Comisión de Codificación está impulsando también trabajos para reformar el conjunto de instituciones de protección: a través de un taller participativo se ha elaborado un documento de trabajo que contiene un borrador de las bases de la reforma del CCCat en materia de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica. Se trata de veinte bases que diseñan todo un sistema de apoyo para que las personas con discapacidad ejerzan sus derechos y tomen sus decisiones en condiciones de igualdad, y que, tras su debate público, se desarrollarán en forma de normas dando lugar a un anteproyecto de ley para reformar en este punto el CCCat^{27, 28}.

2. LA CAPACIDAD Y LA GUARDA Y PROTECCIÓN DE LA PERSONA EN EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS

Por lo que respecta a Aragón, el Código del Derecho Foral, dedica el título I del libro I a «la capacidad y estado de las personas». Este título, tras regular la capacidad por razón de la edad en el Capítulo I, se ocupa en el Capítulo II de la «Incapacidad e incapacitación». El capítulo cuenta con dos secciones: la primera, sobre «La persona incapaz y la incapacitada», que sigue la actual regulación de la incapacitación del Código civil; la segunda, sobre «Prórroga y rehabilitación de la potestad de guarda». Como complemento de este título, el título III está dedicado a «las relaciones tutelares». En él se regula de forma conjunta la guarda y protección de la persona y bienes del menor y del incapacitado con las habituales instituciones: tutela, curatela, defensor judicial; y también guarda de hecho, guarda administrativa y acogimiento.

Los títulos proceden de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona, refundida en el Código. Esta ley dejó atrás la regulación de la materia mediante normas que se presentaban como peculiaridades o excepciones y configuró un auténtico sistema:

Por lo que se refiere a las personas con problemas de autogobierno, en el preámbulo de la Ley se explica que «en las leyes civiles aragonesas hay numerosas referencias a las personas incapaces y a las incapacitadas, así como, en el Derecho histórico, una regulación de la tutela y la curatela que las incluía». Si bien existían esas referencias en las normas civiles vigentes en el momento en que elaboró la ley, no había una regulación de la «incapacidad e incapacitación» —en terminología de la norma—, por lo que se aplicaba supletoriamente el Código civil. Cuando la Comisión Aragonesa de Derecho civil se puso a trabajar en la ley por encargo del gobierno de Aragón, las opiniones de sus miembros fueron muy dispares en cuanto a

la conveniencia de incluir o no a la incapacitación. Concluyeron no excluir tajantemente de entrada ningún contenido posible y dejaron al ponente libertad para trabajar²⁹. Este se mostró muy favorable a incluirla porque «la regulación de la tutela y curatela de incapacitados, así como la de la protección administrativa de los incapacitados, e incluso la de la situación del menor incapacitado sujeto a autoridad familiar, exigen o hacen muy conveniente que previamente se haya delimitado quiénes son esos incapacitados y en qué se diferencian de los meros incapaces, su respectiva capacidad y el régimen de los actos por ellos realizados» (SERRANO GARCÍA, J.A., 2004-1, 9).

En cuanto a las relaciones tutelares, el Derecho histórico aragonés contenía un sistema propio de instituciones tutelares³⁰, completado con los principios del Derecho común europeo —como explica el preámbulo de la Ley—. Este sistema tutelar fue erosionado por la Ley de enjuiciamiento civil y el Código civil, situación en la que llegó al apéndice. Con la promulgación de estas normas del Estado se puso en duda la vigencia de las normas forales aragonesas y, no sin vacilaciones, la jurisprudencia resolvió que en los territorios forales regían los títulos del Código civil relativos a la tutela, que conviene señalar que introducían importantes cambios respecto del anterior régimen. Así las cosas, y aunque la cuestión era discutible, en el apéndice solo se incluyeron dos reglas sobre tutela, puesto que sus autores creyeron que el Derecho foral había sido sustituido por el Código civil. Posteriormente, la Compilación del Derecho civil de Aragón se limitó a incluir en cinco artículos —arts. 15 a 19— algunas especialidades respecto del régimen de la tutela del Código civil. Cuando en 1983 se reformó el sistema de tutela en el Código civil, aplicable supletoriamente en Aragón, se originaron problemas de armonización de ambos sistemas. De modo que la Compilación contenía una regulación fragmentaria que ofrecía dudas de interpretación y, sobre todo, de integración con las normas supletorias del Código civil, que respondían a principios parcialmente distintos y, por ello, inadecuados. La Ley de 2006 acabó tanto con la anterior regulación fragmentaria, diseñando un completo sistema de relaciones tutelares, como con los problemas de armonización³¹.

El régimen que ha llegado al Código del Derecho Foral de Aragón a través de esta ley es ya conocido:

Se priva o limita la capacidad de la persona por medio de sentencia judicial y en virtud de las causas establecidas por la ley, que, igual que en el régimen del Código civil, son las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma. La única diferencia con la ley estatal es que la prodigalidad no tiene otro efecto que el de ser causa de incapacitación cuando concurren en la

persona las causas descritas. La sentencia ha de determinar la extensión y límites de la incapacitación, así como el régimen de protección al que haya de quedar sometido el incapacitado: tutela, curatela o autoridad familiar prorrogada o rehabilitada. Esta última se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la sentencia de incapacitación y, subsidiariamente, conforme a las reglas de la autoridad familiar o la tutela.

La existencia de personas que podrían ser incapacitadas pero no lo están se contempla por el Código —como destaca PARRA LUCÁN (2012, 149)— como una situación con vocación de interinidad (recuérdese que el guardador de hecho está obligado a poner en conocimiento del juez o Ministerio Fiscal esta situación), pero la norma atiende a la situación de estas personas y a la eficacia de sus actos, dado que, a pesar de lo anterior, se trata de una realidad bastante habitual.

Por último, hay que destacar que el Código da entrada a la autonomía de la voluntad por medio de la delación voluntaria y la posibilidad de otorgar un mandato que no se extinga por la incapacidad o incapacitación de quien lo otorga³².

3. LA RECIENTE LEY ARAGONESA 5/2019, DE 21 DE MARZO, DE DERECHOS Y GARANTÍAS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Recientemente se ha aprobado en Aragón una ley en materia de discapacidad: la Ley 5/2019, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad. Ley que, según se explica en el preámbulo, «obedece a la necesaria adecuación de la normativa autonómica a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad». Pero, igual que ha sucedido en el ámbito estatal (con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y el posterior Texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, encargado por esta al Gobierno, y aprobado por el Real Decreto 1/2013, de 29 de noviembre) esta ley aragonesa de adaptación normativa a la Convención no ha abordado la adecuación de las normas jurídico-privadas: no se aproxima al tratamiento de la capacidad ni de las actuales instituciones de protección, por lo que su regulación en el Código del Derecho Foral de Aragón permanece intacta.

En tanto que la Convención ha modificado el paradigma en las políticas sobre discapacidad, pasando de un planteamiento meramente asistencial al de garantía de derechos, la nueva ley se centra en reconocer a las personas con discapacidad derechos específicos respecto de los que son sujetos activos y en reorientar las actuaciones públicas desde un modelo biosanitario

y rehabilitador, concentrado en la enfermedad o en las deficiencias, a un modelo social, basado en las capacidades y en la interacción con el entorno. Se trata, por tanto, de una norma destinada a diseñar las actuaciones a seguir por las Administraciones públicas de Aragón.

En relación con ello, la comunidad autónoma, en ejercicio de la competencia sobre acción social (art. 71.34.^a del Estatuto de Autonomía —en adelante, EA—), había aprobado hacía ya diez años la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón, que regula los servicios sociales para las personas con discapacidad en Aragón y establece el marco básico de actuación de las políticas públicas aragonesas dirigidas a la población con discapacidad. Sin embargo, se ha considerado necesaria —explica el preámbulo de la nueva ley— una norma que regulara las acciones públicas dirigidas a las personas con discapacidad desde una perspectiva transversal, recogiendo medidas en el ámbito sanitario (arts. 71.55.^a y 71.56.^a EA), laboral (art. 77.2.^a EA), educativo (art. 73 EA), de servicios sociales (art. 71.4.^a EA), de cultura (art. 71.43.^a EA), deporte (art. 71.52.^a EA), así como en lo referente a la accesibilidad urbanística, arquitectónica (art. 71.9.^a EA), del transporte (art. 71.15.^a EA) y la comunicación (art. 74 EA).

La Ley está estructurada en doce títulos, aparte del título preliminar —sobre disposiciones generales—. El título I está dedicado a la igualdad de oportunidades y no discriminación; el II a la salud; el III a la educación; el IV a la formación y el empleo; el V a los servicios sociales; el VI a la cultura, el turismo, el deporte y otras actividades de ocio; el VII a la autonomía personal y accesibilidad universal; el VIII a las tecnologías e investigación; el IX a la protección jurídica; el X a los medios comunicación social y la publicidad; el XI a la gobernanza en la materia; el XII regula el régimen sancionador.

Antes de continuar, conviene aclarar que el legislador aragonés ha asumido el concepto amplio de discapacidad de la Convención³³, por lo que todo el contenido de la Ley, descrito en grandes trazos mediante la presentación de sus títulos, es aplicable a toda discapacidad, sin distinción alguna. El legislador utiliza la técnica de la remisión para definir a quién se considera como «persona con discapacidad» a los efectos de la ley. El artículo 2.2 remite, en concreto, a los apartados 1 y 2 del artículo 4 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, de 2013. El primer apartado del mencionado artículo 4 reproduce el concepto de persona con discapacidad del artículo 1 de la Convención: «Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás». Y el segundo párrafo añade que, además, y a todos los efectos, «tendrán la

consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento», entre quienes se encuentran «los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez» y «los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad». De manera que la Ley se aplicará a todas las personas con discapacidad, en el sentido descrito, que se encuentren en territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón —art. 2—, con independencia de su vecindad civil.

Hecha esta aclaración, interesa, ahora ya sí, detenernos en el título IX por su aparente conexión con el artículo 12 de la Convención. Se trata de un título un tanto desconcertante, que puede plantear dudas sobre su rúbrica y contenido y sobre la misma intención perseguida por el legislador.

El título IX lleva por rúbrica: «Protección jurídica de las personas con discapacidad». Nótese que en sentido técnico y literal «protección jurídica» es protección por el Derecho, es decir, toda norma dada con el fin de proteger, en este caso, a la persona con discapacidad. Sin embargo, no parece que ese haya sido el sentido o amplitud que ha querido dar el legislador a la expresión. Más bien parece que evoca al artículo 12 de la Convención, que lleva por título «Igual reconocimiento como persona ante la ley» y que regula —como se sabe— la igual capacidad legal, como si la rúbrica quisiera indicar que el contenido del título IX pretende proteger la igualdad de la persona con discapacidad en lo relativo al Derecho o las leyes, o dicho de otro modo: en «lo jurídico».

Ello lleva a dudar de la intención del legislador al insertar este título en la ley. Podría parecer, en un primer acercamiento, a la vista de esta rúbrica, pero también de la terminología empleada y de la transcripción, incluso, de parte del artículo 12 de la Convención, que busca cumplir con la adaptación del ordenamiento a este precepto de la Convención. Utiliza, efectivamente, una terminología propia del artículo 12 y de la Observación del Comité: habla de autonomía en la toma de decisiones, preferencias, apoyo en el proceso de toma de decisiones y en el ejercicio de la capacidad, etc. Y reproduce en el párrafo 4.º del artículo 61 el contenido de parte del artículo 12: «Se asegura que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardas adecuadas y efectivas. Esas salvaguardas asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, de manera que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida».

Sin embargo, si se encuadra el título en el conjunto general de la ley y se presta atención a su contenido, se comprende que no ha podido ser esa

la intención del legislador. La adaptación del ordenamiento al mencionado precepto de la Convención pasa por modificar las normas de Derecho privado, lo cual queda fuera de la órbita de una ley que tiene como objeto dibujar y ordenar la actuación de las Administraciones públicas en Aragón. De hecho, el legislador en ningún momento justifica el título competencial de su acción normativa con base en el artículo 149.1.8 de la Constitución. La finalidad del título es únicamente adecuar las políticas o acciones públicas a la Convención en el sentido de garantizar que facilitarán el acceso de la persona con discapacidad que se encuentre en Aragón al ejercicio de sus derechos, sea cual sea el modo en el que el Derecho privado, es decir, el Código del Derecho Foral de Aragón, o —en su caso— el Código civil, regule tal ejercicio de derechos, que en ambos casos es en la actualidad mediante un sistema basado en la privación y sustitución.

Centrándonos ya en el desarrollo del contenido, el legislador comienza el Título IX —igual que en los demás títulos— reconociendo los derechos de las personas con discapacidad que se tratarán de garantizar con las actuaciones públicas previstas en el mismo: se refiere, en primer lugar, al «derecho a la autonomía», pero esta vez no en relación con su movilidad (garantizada con la accesibilidad universal) —materia regulada en el título VII—, sino en relación con «la toma de decisiones». El artículo 59 establece que «las personas con discapacidad tienen derecho a la autonomía y a tomar sus propias decisiones acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias». Este derecho se predica respecto de todas las personas con discapacidad, como se deduce del artículo 2.2. Y parece que se refiere a la autonomía en las decisiones sobre, en concreto, «cómo vivir»: es decir, las que afectan a cuestiones más importantes, como dónde y con quién vivir, y las relativas a su vida más cotidiana, como el ocio, el vestido, la alimentación, etc.

Inmediatamente después, el artículo 60, bajo la rúbrica «interés personal», establece un segundo derecho: «toda persona con discapacidad tiene derecho a que su interés personal sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como en el privado». No parece acertado el término elegido por el legislador: «interés», ya que adolece de una ambigüedad poco recomendable en el nuevo paradigma diseñado por la Convención. Nótese que esta palabra tiene varias acepciones, de las cuales dos podrían encajar en la redacción del precepto: la que figura como primera acepción para la RAE, que sería «provecho, utilidad, ganancia»; y la que aparece como cuarta acepción, que sería «inclinación del ánimo» hacia algo. La primera acepción, que, por otro lado, es la habitual en la regulación de la discapacidad, no es coherente con los postulados de la Convención. Recuérdese que el Comité de Naciones Unidas recomienda reemplazar el criterio del «interés superior» o «mejor in-

terés» de la persona con discapacidad por el de «la voluntad o preferencias» de esta³⁴. Se adapta mejor a este nuevo modelo la otra acepción, según la cual habría que entender que cuando el artículo 60 habla de que «el interés personal sea [...] considerado como primordial» se está refiriendo al interés como inclinación del ánimo o preferencia. Si ese es el espíritu del precepto el legislador debería haber sido más cuidadoso. Sería, por tanto, deseable en el futuro una mejora de su redacción.

Por lo que se refiere al derecho a la autonomía en la toma de decisiones, tras reconocerse este derecho en el artículo 59, se procede a regular en el artículo 61 el «apoyo en el proceso de [esa] toma de decisiones», como reza su rúbrica. El primer párrafo del artículo 61 establece, en concreto, que «la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón garantizará las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que pueden necesitar en el ejercicio de sus capacidades a través de entidades, públicas o privadas sin ánimo de lucro, que desempeñen acciones de apoyo en esta materia de acuerdo con lo previsto en el Código civil, así como en el Código del Derecho Foral de Aragón [...], para las personas con vecindad civil aragonesa».

El precepto ordena a las Administraciones públicas de Aragón que garanticen el acceso a los apoyos. Obsérvese que se refiere al apoyo que las personas con discapacidad puedan necesitar «en el ejercicio de sus capacidades». Podría interpretarse que el término «capacidades», sin más, es empleado en el sentido corriente del lenguaje y que el precepto alude al apoyo para ejercer los talentos o cualidades de las personas, de forma que se potencie la autonomía sobre cómo vivir del artículo 59. Pero parece que el sentido del término «capacidades» es más amplio y que incluye, además de esa acepción, la acepción más técnica de «capacidad jurídica» —siguiendo la terminología de la Convención—. Así se deduce del hecho de que, como enseguida vamos a ver, el apoyo lo presten fundaciones tutelares y, sobre todo, del propio párrafo 4.º del precepto que se refiere de forma específica al «ejercicio de la capacidad jurídica».

El problema es que se está hablando de prestar apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica y que, sin embargo, el Código del Derecho Foral de Aragón regula un sistema de incapacitación y sustitución, que no encaja con la idea que, según el Comité de Naciones Unidas, subyace en el sistema de apoyos de no limitar sino apoyar: según este, no se puede limitar la capacidad, que debe permanecer intacta, y lo que hay que hacer simplemente es apoyar a la persona para que la ejerza. Podría salvarse la regulación del artículo 61 considerando que el legislador aragonés se aparta de la interpretación del Comité y que entiende que el apoyo para el ejercicio de la capacidad consiste en la representación o asistencia de la persona³⁵. No obstante, ello implicaría que el legislador ha llevado ya a cabo una opción

de política legislativa sobre la adaptación del ordenamiento jurídico civil a la Convención, lo que, ya se ha indicado, parece ajeno a su intención con la promulgación de esta ley, dirigida a otros fines. Ello exigiría un largo trabajo de reflexión y debate que no parece que esté detrás de una ley no civil. Más bien puede decirse que lo que hace la ley es usar la terminología de la convención a la hora de referirse a una acción pública, es decir, a la hora de expresar el mandato dirigido a la Administración de garantizar el acceso a la persona con discapacidad al ejercicio de sus derechos, sea cuál sea el modo en el que el Derecho privado aplicable a esa persona —según el artículo 9 del Código civil, por remisión del artículo 16 del Código civil³⁶— regule tal ejercicio, que en la actualidad, tanto en el Código Foral como en el Código civil, es mediante un sistema tutelar.

Como anticipaba, el apoyo cuyo acceso debe garantizar la Administración es el prestado por «entidades públicas, públicas o privadas sin ánimo de lucro, que desempeñen acciones de apoyo en esta materia de acuerdo con lo previsto en el Código civil, así como en el Código del Derecho Foral de Aragón [...], para las personas con vecindad civil aragonesa». Tales entidades son las personas jurídicas, públicas o privadas, a las que el actual Código civil (arts. 242, 239bis y 291) y el Código del Derecho Foral (art. 116.1g) atribuyen funciones tutelares (de tutela o curatela); es decir, bien el órgano de la comunidad autónoma que tenga encomendada la protección y apoyo de las personas con capacidad judicialmente modificada, que en Aragón es la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos, bien las llamadas fundaciones tutelares. En este sentido, el propio precepto —*in fine*— señala que «la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón podrá establecer mecanismos de colaboración en entidades tutelares en el ejercicio de las funciones tutelares encomendadas judicialmente».

Metido en materia, el legislador no se limita a ordenar la actuación de la comunidad autónoma para garantizar el acceso al apoyo mediante estas entidades tutelares, sino que, de pasada, procede a regular algunas cuestiones relacionadas con ellas:

Así, por un lado, probablemente animado por la intención de favorecer el acceso, y cumplir con la recomendación del Comité de Naciones Unidas de «velar por que las personas con discapacidad puedan obtener ese apoyo a un costo simbólico o gratuitamente y por que la falta de recursos financieros no sea un obstáculo para acceder al apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica»³⁷, establece en el párrafo tercero que «se garantiza la gratuidad del acceso a la protección jurídica y social que prestan las entidades tutelares».

Lo que ocurre es que no se sabe muy bien qué quiere decir con ello ya que el acceso gratuito, es decir, sin coste alguno, solo puede predicarse en nuestro sistema respecto de las actuaciones de las entidades públicas.

El Código del Derecho Foral, después de regular la posible remuneración del tutor, establece que «el ejercicio de la función tutelar por las personas jurídicas públicas será siempre gratuito». Y es que, efectivamente, tanto el Código civil como el Código del Derecho Foral establecen el derecho del tutor a una retribución o remuneración y regulan los límites y la forma de determinarlo (art. 274 CC³⁸ y, arts. 101.1 y 105 CDFA). Quizás por ello, se añade en este tercer párrafo del artículo 61 que «la aportación de las personas usuarias para retribuir los servicios de apoyo de las entidades tutelares se determinará judicialmente en los términos previstos por el Código civil y el Código del Derecho Foral de Aragón»³⁹. Por lo que la inicial afirmación relativa a la gratuidad, puede tener varias lecturas para no resultar contradictoria con esto: quizás se garantiza la gratuidad para las personas con discapacidad porque la comunidad autónoma debe hacer frente a la retribución de los servicios de las entidades tutelares cuando estas sean privadas, para lo que puede ser utilidad el establecimiento de los convenios de colaboración a que se refiere el primer párrafo; o, quizás, en realidad, el precepto al aludir a gratuidad no se refiere a «sin coste», sino a «sin lucro», dado que las entidades tutelares privadas, que son las únicas que pueden percibir retribución, deben ser sin ánimo de lucro. En cualquier caso, sería también deseable mayor precisión en la redacción del precepto en este punto, que, por otra parte, no modifica ni añade nada nuevo a la regulación civil de la cuestión.

Aprovecha para establecer también en el último párrafo —el quinto— que «las fundaciones tutelares no podrán tener vinculación alguna ni dependencia económica de las entidades que presten servicios a los tutelados, salvo que el juez lo autorice considerando las especiales circunstancias de cada caso. Igualmente los patronos de las fundaciones tutelares no podrán establecer ninguna relación laboral con ningunos de los tutelados»⁴⁰.

Por otro lado, en los párrafos segundo y cuarto desciende a aspectos relacionados con las funciones de las entidades. Establece que «estas entidades tutelares garantizarán el acercamiento a la persona y su entorno, procurando su inclusión social, así como la máxima recuperación posible de sus capacidades» —párrafo segundo—. Lo cual no supone una novedad, dado que el Código del Derecho Foral de Aragón establece en su artículo 138 que «el tutor del incapacitado no está obligado a tenerle en su compañía, pero debe procurarle la atención especializada que requiera, así como promover la adquisición o recuperación de su capacidad y su mejor inserción en la sociedad». En el mismo sentido, el Código civil dispone en el artículo 269.3 que el tutor está obligado «a promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad» y en el artículo 234 que «se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor».

Más delicada es la regulación contenida en el párrafo cuarto que —como he anticipado— reproduce prácticamente de forma literal parte del artículo 12.4 de la Convención, sin siquiera adaptar los tiempos verbales para que el enunciado sea correcto gramaticalmente. Establece: «Se asegura que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardas adecuadas y efectivas. Esas salvaguardas asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, de manera que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida»⁴¹.

Nótese que el artículo 12.4 de la Convención establece: «Los Estados Parte asegurarán que en todas las medidas...»; y el artículo 61.4 de la Ley aragonesa dispone: «Se asegura que en todas las medidas...», reproduciendo —como decía— lo dispuesto en este precepto. Lo que ocurre es que ese «[S]e asegura», ¿es una afirmación o lleva implícito un deber de asegurar (quiere decir: «se asegurará»)? Más bien parece lo segundo. Y, en tal caso, ¿de quién será el deber?: ¿de la Administración de la comunidad autónoma, que es a quien está dirigida la ley? Quizás el legislador aragonés se ha precipitado. El contenido del artículo 12 de la Convención, como ha observado el Consejo de Estado, —y en especial este párrafo 4.º— no es susceptible de aplicación directa (*self-executing*) sin intermediación de un desarrollo legal interno (Dictamen C.E., 2019, 26). Una ley deberá precisar las medidas y salvaguardas a las que se refiere el precepto introduciendo, en su caso, las oportunas modificaciones en el Código del Derecho Foral, que, naturalmente, condicionarán la actuación de la Administración de la comunidad autónoma. A la vista de cuanto antecede, puede decirse que se trata de un inciso poco afortunado.

Avanzando en el articulado del título IX, el siguiente precepto —el 62— está dedicado a los «Derechos y garantías de las personas con discapacidad usuarias de centros residenciales y centros de día». Aunque a priori pueda parecer llamativo la inclusión de la regulación de los derechos de usuarios de residencias y centros de día, el contenido del precepto se alinea con los derechos que se reconocen en el título: derecho a la autonomía y a tomar las propias decisiones sobre cómo vivir y a que sus preferencias sean consideradas —entendiendo el «interés personal» del artículo 60 en este sentido—. Establece que las personas con discapacidad usuarias de residencias y centros de día tienen «derecho a participar y a ser oídos por sí a través de sus representantes legales en aquellas decisiones o medidas relacionadas con la atención y convivencia» y que la gestión del centro estará orientada a lograr «el mayor grado de libertad y autonomía personal de los residentes». Por otro lado, establece, en la línea de lo que dispone el artículo 36 CDFA, que toda decisión que suponga aislamiento o restricción de libertad deberá ser aprobada por el juez.

De más difícil encaje es la inclusión en este título de la regulación de las acciones de la Administración de la comunidad autónoma relacionadas con la condición de consumidores de las personas con discapacidad, que resulta desconcertante y que, como se ha señalado, hace dudar del objeto del propio título. Esta regulación está comprendida en los dos últimos preceptos, el 63 y el 64, y se refiere a la necesidad de adoptar: medidas que eliminen barreras y favorezcan la accesibilidad universal a la adquisición de productos, bienes y servicios y a la información, medidas formativas y educativas en materia de consumo para las personas con discapacidad, medidas relativas a la seguridad de los productos ofertados a estas personas, etc.

4. LA PENDIENTE ADAPTACIÓN DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS A LA CONVENCIÓN

A) El legislador aragonés ante la Convención

Visto que la Ley 5/2019 es una norma de corte público, que regula las actuaciones de las Administraciones públicas de la Comunidad Autónoma de Aragón para garantizar los derechos de las personas con discapacidad, parece que queda pendiente la tarea de adaptación del ordenamiento jurídico privado, esto es, del Código del Derecho Foral de Aragón, al artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas.

El legislador aragonés puede, teóricamente y en principio, decidir libremente cómo quiere llevar a cabo esa adaptación con base en la competencia legislativa que tiene en la materia a partir del artículo 149.1.8 de la Constitución española. Debe valorar el grado de sintonía de las reglas sobre capacidad y relaciones tutelares del Código del Derecho Foral con la Convención y determinar el sentido y alcance de la reforma necesaria para lograr la adecuación: bien, realizar algunas modificaciones concretas donde sea preciso, bien abordar una modificación de mayor envergadura con un replanteamiento integral del sistema. Para ello, previamente, ha de definir su postura ante el valor de las Observaciones del Comité de Naciones Unidas y, en consecuencia, ante la misma la interpretación que este hace del artículo 12.

Ahora bien, aunque, desde un punto de vista competencial, la reforma prevista por el legislador estatal que se concreta en el Anteproyecto de reforma del Código civil y la LEC, no le afecta en absoluto —es obvio—, sin embargo, el hecho de que la reforma se proyecte no solo sobre el núcleo de la materia (capacidad e instituciones de protección) sino que se irradie por todo el ordenamiento jurídico privado, más allá incluso del Código civil, afectando a normas que resultan aplicables en Aragón, condiciona al legis-

lador aragonés: si la modificación del Código del Derecho Foral de Aragón no sigue las premisas de la reforma estatal se pueden generar problemas de armonización; es más, la misma inactividad del legislador aragonés podría dar lugar a los citados problemas.

B) Los problemas de armonización con la legislación estatal como posible interferencia en la libertad del legislador aragonés

Se expone a continuación una muestra de los mencionados problemas de armonización:

a) Problemas derivados de los derechos civiles aplicables a capacidad y a instituciones de apoyo

El primer problema de armonización se produce con ocasión de las normas aplicables a capacidad y a instituciones de apoyo:

Hasta 2015 el artículo 9 del Código civil, aplicable por remisión del artículo 16 del Código civil para resolver los conflictos derivados de la coexistencia de distintas legislaciones civiles en territorio español, establecía que las leyes que regían «la capacidad» —párrafo 1.º— y «la tutela y las demás instituciones de protección del incapaz» —párrafo 6.ª— eran las personales, es decir, las determinadas por la vecindad civil —art. 9 CC en relación con el art. 16 CC—. La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, modifica el artículo 9 del Código civil y establece distinto criterio para determinar las leyes que rigen la capacidad y las instituciones de protección del mayor de edad. Así, la ley que rige la capacidad es la determinada por la vecindad civil y la aplicable a «la protección de las personas mayores de edad» es la de su residencia habitual. Con el Anteproyecto se prevé sustituir esta expresión «protección de las personas mayores de edad» por «medidas de apoyo para personas con discapacidad», pero no se modifican los criterios de determinación de las leyes aplicables.

En la actualidad el distinto criterio no ofrece demasiado problema porque el sistema del Código civil y el del Código aragonés es el mismo: por un lado, limitación o privación de la capacidad de obrar, regulada por normas prácticamente iguales en ambos ordenamientos; y, por otro lado, aplicación de unas medidas de protección que son consecuencia de la incapacitación y que, en líneas generales, son muy parecidas.

Pero con la nueva regulación prevista en el Anteproyecto esta diferenciación de criterio puede dar lugar a importantes disfunciones porque los

sistemas de uno y otro ordenamiento, si Aragón no siguiera al legislador estatal, se alejarían. Las combinaciones posibles son varias: a) Persona con discapacidad con vecindad civil aragonesa y residencia habitual en Aragón, que, obviamente, no plantearía problema. b) Persona con discapacidad con vecindad civil aragonesa y residencia habitual fuera de Aragón, en territorio donde resulta aplicable el Código civil: en este caso, aplicando el Código del Derecho Foral de Aragón, la persona podría ser privada de capacidad de obrar —incapacitada—, pero se le aplicarían medidas previstas en el Código civil en el marco de un sistema en el que la persona no está privada de su capacidad de obrar, que no admiten, por tanto, una sentencia previa de incapacitación y que, dando por supuesto que la persona tiene capacidad de obrar igual que los demás, solo le proporcionan —como regla general— apoyo para ejercerla. c) Persona con discapacidad de vecindad civil común que reside en Aragón: conforme a la nueva regulación de la capacidad en el Código civil, no podría ser privada de su capacidad de obrar, pero se le aplicarían las normas aragonesas relativas a las medidas de protección, que requieren previa sentencia de incapacitación y que están pensadas para los casos en que la persona no tiene capacidad de obrar o la tiene limitada.

b) Armonización en materia de obligaciones y contratos

El nuevo modelo de capacidad que pretende implantar el Anteproyecto en el Código civil implica una modificación en las normas en materia contractual⁴²: recuérdese que con el objeto de reconocer a la persona con discapacidad una capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás, entendiendo por tal tanto la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones como la de ejercerlos, el Anteproyecto elimina la incapacitación o modificación de la capacidad de obrar, que ahora, según advierte la exposición de motivos— «no puede modificarse»; y establece un sistema basado en la prestación de apoyos para el ejercicio de la capacidad, cuya regulación puede provenir del propio interesado o pueden ser establecidos judicialmente, y que pueden ir «desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad» —exposición de motivos—. Desaparece, por tanto, la tutela para la persona con discapacidad, que será exclusiva de los menores, y la principal medida de origen judicial es la curatela, aunque esta excepcionalmente podrá tener funciones representativas.

Conforme a ello, como regla general, el consentimiento para celebrar el contrato lo prestará la persona con discapacidad, que puede o no necesitar un apoyo de mayor o menor intensidad. Por ello, está proyectado modificar

el artículo 1263 del Código civil, que en la actualidad establece que «no pueden prestar consentimiento [...] los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial». La redacción que da el Anteproyecto a este precepto elimina la prohibición de contratar y establece que «las personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas».

Cuando la persona contrate sin ese apoyo el contrato será anulable. No procede entrar en este trabajo en el análisis de esta regulación ni en valoraciones sobre la misma, dado que nos desviaríamos del objeto del mismo⁴³. Sí interesa destacar que el Anteproyecto modifica algunos preceptos relacionados con la anulación para adaptarlos al nuevo sistema.

Así, puesto que desaparece la incapacitación y se separa totalmente el régimen de capacidad del menor de edad y de la persona con discapacidad, hasta ahora parejos, se elimina cualquier referencia a dicha incapacitación, sustituyéndola por la mención sin más a la persona con discapacidad o, simplemente, a la discapacidad, y se introduce distinta regulación de la legitimación para ejercer la acción y del *dies a quo* del cómputo del plazo según si el contrato ha sido celebrado por un menor o una persona con discapacidad.

De forma que el artículo 1302 del Código civil, que regula la legitimación, está previsto que establezca que los contratos celebrados por menores «podrán ser anulados por sus representantes legales o por ellos cuando alcancen la mayoría de edad». Y «los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar, prescindiendo de ellas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por aquel a quien corresponda prestar la medida de apoyo, por ellas mismas cuando dichas medidas se extingan, o por sus herederos, durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción»⁴⁴. En caso de que «no estuvieran establecidas medidas de apoyo, la legitimación para anular el contrato corresponderá, además de a la persona con discapacidad y a sus herederos, al Ministerio Fiscal».

Y el artículo 1301 del Código civil, que establece que el plazo para ejercer la acción comienza «cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieren de tutela», pasará previsiblemente a establecer que cuando se trate de contratos celebrados por menores empezará «desde que lleguen a la mayoría de edad» y cuando se trate de contratos celebrados por personas con discapacidad «desde que dejen de precisar apoyo para celebrar el contrato».

Por otra parte, se prevé que desaparezca la mención a la «incapacidad» —que deriva del sistema de incapacitación— en el artículo 1304 del Código

civil, relativo a la restitución de las cosas objeto del contrato, que pasará a establecer que «cuando la nulidad proceda de la minoría de edad o de la discapacidad de uno de los contratantes, este contratante no está obligado a restituir sino en cuanto se enriqueció con la prestación recibida». Y en el mismo sentido, se prevé modificar el artículo 1314 del Código civil, referente a la invalidez en caso de pérdida de la cosa, que pasará a disponer que «si la causa de la acción fuera la minoría de edad o la discapacidad de alguno de los contratantes, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, a menos que hubiese ocurrido por dolo o culpa del reclamante después de haber cesado la causa de la impugnación».

Veamos en qué medida afectaría todo lo anterior a Aragón con el actual Código Foral:

Por lo que se refiere a la capacidad contractual, viene determinada por la regulación general del régimen de capacidad de la persona con discapacidad —capítulo segundo del título I del libro I—: la persona en la que concurran las causas previstas en la ley puede ser «incapacitada» —art. 38—. En tal caso, su capacidad para celebrar contratos o determinado tipo de contratos dependerá de lo previsto en la sentencia de incapacitación. Si nada establece, se aplican al mayor sujeto a tutela o autoridad familiar las reglas sobre capacidad del menor que no ha cumplido los catorce años (no puede celebrar por sí contratos, salvo los relativos a la vida corriente) y al sujeto a curatela las del menor que los ha cumplido ya (puede celebrar contratos por sí, pero con asistencia) —art. 39—. Quedan, por tanto, al margen de las previsiones al respecto del Código civil —art. 1263—.

Si bien el citado capítulo incluye un artículo que regula la invalidez de los actos celebrados por persona que, careciendo de la suficiente aptitud para entenderlo y quererlo, no esté incapacitada —art. 37—, no introduce ningún precepto específico para regular las consecuencias de los actos celebrados por personas incapacitadas. Ahora bien, parece que habrá que considerar aplicable lo dispuesto en los artículos 22 y 29 para los actos celebrados por menores: regulan la legitimación y el plazo —y *dies a quo*— para instar la invalidez de los actos celebrados por menores de catorce sin capacidad para ello y de los celebrados por el mayor de catorce sin asistencia. Ello en virtud de la remisión del artículo 39 a las reglas sobre capacidad del menor. Es verdad que tal remisión se hace con ocasión de la determinación de la capacidad cuando la sentencia no la precisa, pero el precepto alude a la aplicación de las «reglas sobre capacidad del menor» y a ello conduce el sentido del conjunto de la regulación. El propio redactor de la Ley de 2006, refundida en el Código, así lo expresó en la memoria presentada ante la Comisión Aragonesa de Derecho Civil⁴⁵. A la vista de ello, en nada afectan las novedades que prevé introducir el Anteproyecto en los artículos 1301

y 1302 del Código civil, en relación con la legitimación y *dies a quo* apuntadas, por resultar tales preceptos desplazados por las normas aragonesas.

Más dudosa resulta la aplicación de los artículos 1304 y 1314 del Código civil. Podría pensarse que estamos ante una falsa laguna: puesto que el legislador aragonés ha legislado acerca de la invalidez de los actos celebrados por menores y personas con discapacidad y no ha previsto nada, es una opción de política legislativa que estos restituyan todo y que si la cosa se ha perdido la acción no puede prevalecer. Aunque también podría argumentarse en otro sentido y considerar que al tratarse de excepciones a dos reglas generales pertenecientes al régimen de la «nulidad» del contrato (restitución y extinción de la acción por pérdida dolosa o culposa), aplicable en Aragón, resultan también aplicables. Si así fuera, la referencia genérica de estos preceptos a la «discapacidad» como causa de la nulidad serviría al intérprete para considerar incluidos los supuestos de invalidez previstos en Aragón para actos del incapacitado o del incapaz natural, porque la causa de la invalidez proviene como tal de la discapacidad, pero no coincidiría la condición jurídica de la persona con discapacidad presente en el espíritu de la norma (no incapacitada) con la condición de la persona a quien se aplica la norma (en su caso, incapacitada).

Otras normas del Código civil que, dentro de la materia relativa a validez y eficacia del contrato, tiene previsto reformar el Anteproyecto son las relativas a la rescisión del contrato, que son de aplicación en Aragón.

El artículo 1291, que establece en el primer inciso que serán rescindibles «[l]os contratos que pudieren celebrar los tutores sin autorización judicial, siempre que las personas a quienes representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquellos», pasará a decir que son rescindibles los «que hubieran podido celebrar sin autorización judicial los tutores, los apoderados y mandatarios preventivos o los curadores con facultades de representación siempre que las personas a quienes representen hayan sufrido lesión...». De este modo se adecuará la norma al nuevo sistema: se alude por un lado a la representación del menor a través del tutor, figura que —recuérdese— será exclusiva de este, y por otro lado a la que excepcionalmente pueda darse respecto de la persona con discapacidad por medio de medidas de autorregulación (poderes o mandatos preventivos) o heterorregulación (curatela con funciones de representación). Nótese que, aunque en Aragón existen tutela, poderes preventivos y curatela con facultades de representación, y ello serviría para defender la aplicación del precepto, se produciría, sin embargo, una disfunción entre las categorías previstas en el mismo y las existentes en Aragón, a las que se aplicaría.

Y lo mismo sucedería con el artículo 1299.4 del Código civil, que, en relación con el *dies a quo* del cómputo de los cuatro años para ejercer la

acción, establece que «para las personas sujetas a tutela [...] los cuatro años no empezarán hasta que haya cesado la incapacidad», y pasará a decir que «para los menores sujetos a tutela, para las personas con discapacidad previstas de medidas de apoyo que establezcan facultades de representación [...] los cuatro años no empezarán a computarse hasta que se extinga la tutela, la medida representativa de apoyo [...]». Obsérvese que aquí expresamente se alude a la tutela del menor, con lo cual la tutela de los incapacitados aragoneses habría que incluirla bien por extensión dentro de esa referencia a la tutela, o bien dentro de las medidas de apoyo que establezcan facultades de representación, aunque ello no respondería, nuevamente, al sistema y espíritu que sustenta la norma.

Semejantes observaciones cabe realizar respecto de la versión propuesta de algún otro precepto ubicado, en este caso, en sede de contratos en particular. Se prevé modificar el artículo 1459 del Código civil; precepto que, aunque referido a la compraventa, se considera que, en realidad, rebasa este contrato, y prohíbe la autocontratación en general⁴⁶. Está previsto que la prohibición del primer inciso de que «los que desempeñen algún cargo tutelar» adquieran por compra «los bienes de la persona o personas que estén bajo su guarda o protección», vaya dirigida a «los que desempeñen el cargo de tutor o funciones de apoyo» respecto de «los bienes de la persona o personas a quienes representen». Predicable la prohibición del tutor solo respecto de los menores, la prohibición de quienes desempeñen funciones de apoyo afectará solo a los curadores que excepcionalmente tengan atribuidas funciones representativas (cuando el apoyo tenga su origen en la autorregulación, se aplicará la regla del segundo inciso del precepto⁴⁷). Nuevamente, el intérprete debería forzar, en su caso, el espíritu de la norma para encajar en su letra las categorías aragonesas.

También se produce este desdoble de medidas en relación con el menor y la persona con discapacidad, con las mismas consecuencias, en el artículo 1811 del Código civil que propone el Anteproyecto en relación con el contrato de transacción: «el tutor y el curador con facultades de representación necesitarán autorización judicial para transigir sobre cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya representación ostentan, salvo que se trate de asuntos de escasa relevancia económica». Precepto que en la actualidad se refiere solo al tutor: «El tutor no puede transigir sobre los derechos de la persona que tiene en guarda, sino en la forma prescrita en el presente Código».

Más forzado resultaría tal espíritu en el caso del previsiblemente nuevo artículo 1548 del Código civil, puesto que afectaría al nuevo paradigma de capacidad de la persona con discapacidad y no solo a una medida prevista para evitar abusos. Este precepto, relativo al arrendamiento, establece en la actualidad que «los padres o tutores, respecto de los bienes de los me-

nores o incapacitados [...] no podrán dar en arrendamiento las cosas por término que exceda de seis años». La futura versión mantiene esa previsión respecto de los menores: «los progenitores o tutores respecto de los bienes de los menores [...] no podrán dar en arrendamiento las cosas por término que exceda de seis años», pero la cambia en relación con las personas con discapacidad. Como observa GARCÍA RUBIO (2018-2, 189), además de eliminar la incoherente mención a los incapacitados, introduce un segundo párrafo en el que, a efectos de decidir si la persona encargada de prestar apoyo puede o no dar en arrendamiento los bienes y en qué condiciones, se dice simplemente que «el curador de la persona con discapacidad con facultades de representación se ajustará a lo dispuesto en la resolución que establezca las medidas de apoyo»; de manera que el curador representativo solo podrá actuar en sustitución del titular de los bienes con discapacidad en este tipo de contratos cuando en el procedimiento de provisión de apoyos se le haya autorizado para dar en arrendamiento los bienes⁴⁸. En los demás casos el arrendamiento será celebrado por el interesado con el apoyo que precise, conforme al nuevo paradigma de capacidad. Todo ello no encaja demasiado bien con el actual sistema aragonés basado en la incapacidad en el que, como regla general, el incapacitado sometido a tutela no tiene capacidad de obrar para celebrar el contrato de arrendamiento y es el tutor quien debe actuar. No se trata, por tanto, de sustituir mecánicamente la referencia que hace el precepto propuesto al curador con facultades de representación por el tutor aragonés, sino que hay un problema de armonización relativo al fondo.

Está previsto adaptar también otros preceptos relativos a contratos concretos, que en la actualidad se refieren a la incapacitación, dándoles una redacción que nuevamente obligará a una interpretación de la letra de la norma distinta de la querida por el legislador:

— Así, el artículo 1700 del Código civil, que actualmente establece que el contrato de sociedad se extingue por «incapacitación [...] de cualquiera de sus socios», pasará a decir que se extingue «cuando respecto de alguno de los socios se hubieren dispuesto medidas de apoyo que impliquen facultades de representación plena en la esfera patrimonial».

— Igualmente, el artículo 1732 del Código civil, que establece que el mandato se acaba por «incapacitación del mandatario», dispondrá que se acaba «por el establecimiento en relación al mandatario de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición».

— En relación con el contrato de depósito, está previsto que la actual redacción del artículo 1764 del Código civil: «si una persona capaz de contratar acepta el depósito hecho por otra incapaz, queda sujeta a todas las obligaciones del depositario, y puede ser obligada a la devolución por el

tutor, curador o administrador de la persona que hizo el depósito, o por esta misma, si llega a tener capacidad», sea sustituida por esta otra: «el depósito hecho [...] por persona con discapacidad sin contar con la medida de apoyo adecuada, vinculará al depositario a todas las obligaciones que nacen del contrato de depósito». Nótese que, puesto que la persona tiene capacidad de obrar, ya no se exige que la devolución sea solicitada por su representante o por ella si recupera la capacidad, lo cual puede producir alguna contradicción en Aragón. En el artículo 1765 del Código civil, que establece que «si el depósito ha sido hecho por una persona capaz en otra que no lo es, solo tendrá el depositante acción para reivindicar la cosa depositada mientras exista en poder del depositario, o a que este le abone la cantidad en que se hubiese enriquecido con la cosa o con el precio», se sustituirá el supuesto de hecho, que quedará como sigue: «si el depósito ha sido hecho en un menor o en persona que precise medida de apoyo sin haber contado con esta». Y el artículo 1773 del Código civil: «cuando el depositante pierde, después de hacer el depósito, su capacidad para contratar, no puede devolverse el depósito sino a los que tengan la administración de sus bienes y derechos», será modificado en los siguientes términos: «cuando el depositante, después de hacer el depósito, contara con medidas de apoyo, la devolución del depósito se ajustará a lo que resulte de aquellas». Es decir, en principio, la devolución se hará al propio depositante, dado que tiene capacidad, salvo que en la provisión de apoyos se haya dispuesto otra cosa. Regla general que no será de aplicación en Aragón con la incapacitación.

Queda, por último, una mención a una modificación prevista en relación con la teoría general de la obligación, que nuevamente obligará a una interpretación de la letra de la norma distinta de su espíritu. El artículo 1163 del Código civil, que establece que «el pago hecho a una persona incapacitada para administrar sus bienes será válido en cuanto se hubiere convertido en su utilidad», pasará a decir: «el pago hecho a una persona que estuviese en situación de precisar medidas de apoyo para recibirlo, aunque estas no estuvieran establecidas, será válido en cuanto se hubiere convertido en su utilidad».

c) Armonización en materia de responsabilidad civil

El nuevo modelo adoptado por el Anteproyecto que reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida, entendiéndolo por capacidad jurídica tanto la posibilidad de ser titulares de derechos y obligaciones como la de ejercerlos, implica no solo la atribución de capacidad para actuar en el tráfico jurídico, con o sin apoyos, sino también el recono-

cimiento de la capacidad para responder civilmente o imputabilidad civil. Por ello, propone modificar el régimen de la responsabilidad civil para que la persona con discapacidad responda *per se*, dando lugar a un cambio en el concepto de imputación subjetiva en la responsabilidad civil por hecho propio, que se aleja de la exigencia de cierta capacidad de entender y de querer. En concreto, el futuro artículo 297 del Código civil dispondrá que «la persona con discapacidad responderá en todo caso por los daños causados a terceros, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 1902 y 1903 en relación a otros posibles responsables»⁴⁹. Se mantiene además la responsabilidad por hecho ajeno, pero ahora de forma más restringida, en tanto que, según el nuevo párrafo 4.º del artículo 1903 del Código civil, solo responderán los curadores que tengan facultades de representación plena, lo cual será excepcional, y que convivan con la persona que causa el perjuicio a tercero. Si se dan cumulativamente ambas circunstancias, como observa GARCÍA RUBIO (2018-2, 193), estos curadores responderán solidariamente con la propia persona con discapacidad autora del hecho dañoso.

Una vez más, la configuración de regímenes distintos para menores y personas con discapacidad ha llevado al prelegislador a la necesidad de desdoblarse regulaciones actualmente unitarias. Así, el segundo párrafo del artículo 1903 del Código civil, sobre la responsabilidad de los padres, se mantiene intacto, pero se entiende que referido ahora solo a la responsabilidad por daños de hijos menores, dado que se elimina la patria potestad prorrogada y rehabilitada: «Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda». El tercer párrafo del artículo 1903 del Código civil, que actualmente establece que «los tutores lo son [responsables] de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía», se desdobra en el Anteproyecto en dos párrafos: el que será tercero, referido a los menores: «los tutores lo son [responsables] de los perjuicios causados por los menores que están bajo su autoridad y habitan en su compañía»; y el que será cuarto, relativo a las personas con discapacidad: «los curadores con facultades de representación plena lo son de los perjuicios causados por la persona a quien presten apoyo, siempre que convivan con ella»⁵⁰.

Ello, también una vez más, dará lugar a dificultades para armonizar las categorías o instituciones aragonesas con estos preceptos sobre responsabilidad civil. Nótese que los «padres» o los «tutores» son responsables de los perjuicios causados por «menores» y solo son responsables de los perjuicios causados por «personas con discapacidad» los «curadores con facultades de representación», figura que, por otro lado, existe en Aragón —art. 150.2 CDFA—: ¿qué ocurre con los perjuicios causados por «personas con discapacidad» sujetas a «tutela» o a «autoridad familiar prorrogada o rehabilitada»? Nos veremos forzados a aplicar por extensión el segundo

párrafo a los padres con autoridad familiar prorrogada o rehabilitada y el tercer párrafo a los tutores de personas con discapacidad, o bien a asimilar a estos padres o tutores con el curador con facultades de representación. Esto último, aunque aparentemente puede parecer que no ofrece mayor problema, sin embargo, supone forzar la letra de la norma para aplicarla separándola del sistema en el que se inserta y, por tanto, de los principios que la inspiran. Por otro lado, y solo a modo de curiosidad, el resultado será que, puesto que en Aragón la representación no tiene el carácter excepcional que el Anteproyecto le atribuye («solo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible...»), sino que se establece de forma generalizada según el grado de discernimiento, quienes tengan a su cargo en Aragón a personas con discapacidad responderán de los actos de estos en mayor medida que en el resto de España.

Pero no es la dificultad de armonización apuntada lo que, a mi parecer, resulta más preocupante, sino la contradicción que se generará en el régimen jurídico de la persona con discapacidad en Aragón. El aragonés con discapacidad podrá estar incapacitado, es decir, privado de capacidad de obrar y, sin embargo, será responsable de los perjuicios que pueda causar a otra persona (con independencia de que también pueda responder el titular de la institución protectora en los términos del art. 1903 CC). Es decir, no tendrá capacidad de obrar pero sí capacidad para responder civilmente siempre. Faltará, por tanto, unidad de criterio. Recuérdese que la atribución de imputabilidad civil total responde a la idea de igual «capacidad jurídica» —que inspira al Anteproyecto— y consiguiente eliminación de la incapacitación o privación de capacidad.

d) Armonización en relación con las normas de separación y divorcio

La nueva redacción que prevé el Anteproyecto para los preceptos que regulan la forma de decretarse la separación y, por remisión, el divorcio, no plantea más problema que el ya mencionado en otros apartados precedentes relacionado con la interpretación de la letra de la ley más allá de su espíritu:

Está previsto que en el primer párrafo del artículo 81, que actualmente establece que «se decretará judicialmente la separación cuando existan hijos [...] con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio», se sustituya la referencia a la «capacidad modificada judicialmente» de los hijos, por la mención a los hijos «mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores». También está previsto que se elimine la alusión del artículo 82.2 del Código

civil a la capacidad modificada de los hijos. El actual precepto excluye en tales casos la posibilidad de acordar separación de mutuo acuerdo mediante convenio regulador ante el secretario judicial o en escritura pública ante notario. En la futura redacción del precepto el legislador utiliza la técnica de la remisión: excluye esa posibilidad de separación al margen del juez en los casos en que haya hijos en la situación descrita en el artículo precedente (ya visto).

La pregunta que podemos hacernos es qué ocurrirá en Aragón con los cónyuges que deseen separarse o divorciarse y tengan hijos mayores cuya capacidad de obrar haya sido modificada judicialmente —o, en términos del Código aragonés, estén incapacitados— y respecto de los cuales se hayan establecido medidas sustitutivas. Aunque esa posibilidad está excluida de la mente del todavía prelegislador cuando se refiere a los hijos «mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo», no quedará más remedio que considerarlos incluidos en la letra de estos preceptos y excluir en tales casos la posibilidad de separación o divorcio al margen de la vía judicial.

e) Armonización en materia de filiación

La pretendida reforma del Anteproyecto alcanza al título V del libro I del Código civil, relativo a «paternidad y filiación», para adaptarlo a la nueva concepción de la capacidad y el sistema de apoyos.

El primer precepto que se propone modificar es el artículo 112 del Código civil, que se refiere a los aspectos temporales de la eficacia de la filiación. Se prevé sustituir el contenido de su segundo párrafo: «conservarán su validez los actos otorgados, en nombre del hijo menor o incapaz, por su representante legal, antes de que la filiación hubiere sido determinada», por otro en el que se separe el supuesto de hecho relacionado con el menor, que implica representación, y el relacionado con la persona con discapacidad, que excluye —como regla general— la representación y se basa en el apoyo: «conservarán su validez los actos otorgados en nombre del hijo menor por su representante legal o, en el caso de los mayores con discapacidad, los realizados conforme a las medidas de apoyo relativas a estos actos»; lo cual puede llevar —como ya se ha señalado en apartados anteriores— a una interpretación un tanto forzada de la norma al aplicarla en Aragón, si el Código Foral continúa con el actual régimen.

La modificación de los artículos 121, 123, 124 y 125 del Código civil afecta de un modo directo e intenso a la actuación y prestación del consentimiento por la propia persona con discapacidad. En la actual regulación la validez del reconocimiento de un hijo por un «incapaz» se condiciona a su

aprobación por el juez con audiencia del Ministerio Fiscal (art. 121 CC). El Anteproyecto excluye esta necesidad de aprobación judicial y otorga validez al reconocimiento otorgado por la persona con discapacidad conforme al sistema de apoyos establecido judicialmente. Por otro lado, la eficacia del reconocimiento de un hijo mayor «incapaz» requiere actualmente «el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor, legalmente conocido» (art. 124 CC); y si «los progenitores del [...] incapaz fueren hermanos o consanguíneos en línea recta, legalmente determinada la filiación respecto de uno, solo podrá quedar determinada legalmente respecto del otro, previa autorización judicial que se otorgará, con audiencia del Ministerio Fiscal, cuando convenga al [...] incapaz» (art. 125 CC). Con la reforma, se prevé que «el consentimiento para la eficacia del reconocimiento como hijo de la persona mayor con discapacidad se prestará por esta» —salvo que otra cosa resulte de la resolución judicial que haya establecido las medidas de apoyo—, excluyéndose además como alternativa a lo anterior la aprobación por el juez o por el otro progenitor (arts. 123 y 124). Tampoco será precisa la autorización del juez para el reconocimiento como hijo de una persona con discapacidad por quien sea hermano o consanguíneo en línea recta del progenitor ya determinado, entendiéndose que es suficiente con el consentimiento que tal persona haya prestado en los términos de la resolución que le provea de apoyos (art. 125)⁵¹. La aplicación de estos preceptos en Aragón casará mal con una regulación que incapacita a la persona y que no cuenta con un sistema de apoyos en el sentido que exige el nuevo paradigma del Código civil, sino con unas instituciones tutelares en las que la sustitución o representación se presentan como normales⁵².

Y también casarán mal las normas del Código del Derecho Foral, en su actual configuración, con el futuro artículo 137 del Código civil, que regula la impugnación de la paternidad por el hijo. En la actualidad, el precepto establece que, cuando el hijo tiene la capacidad modificada judicialmente, el plazo de un año para interponer la acción comienza desde que recobre la capacidad y legitima para el ejercicio de la acción durante el año siguiente a la inscripción de la filiación a la madre, a su representante legal o al Ministro Fiscal. Con la nueva redacción, coherente con un sistema en el que no es posible la modificación de la capacidad, se articula la legitimación del hijo con discapacidad para interponer la acción, de forma que solo si se hubiese dispuesto la excepcional atribución de representación al curador, el plazo comenzaría a contar desde el fin de tal atribución y ese curador —y el Ministerio Fiscal— estaría legitimado para ejercer la acción en el plazo de un año desde la inscripción. Esta regulación plantearía discordancias en un sistema que mantuviese la modificación de la capacidad de obrar y medidas sustitutivas con carácter general: ¿qué ocurriría con el hijo con

discapacidad sometido a autoridad familiar de la madre o a tutela? Una vez más, habría que buscar acomodo a estas situaciones en la letra de la norma interpretándola de forma distinta a lo querido por el legislador.

f) Armonización en materia procesal

La adaptación de las normas procesales a los cambios sustantivos que prevé el Anteproyecto constituiría también un problema en caso de que el Código del Derecho Foral de Aragón mantuviese el actual régimen, sobre todo, porque desaparece el proceso de incapacitación:

La actual Ley de Enjuiciamiento Civil —LEC— regula, dentro del libro IV dedicado a los procesos especiales, el proceso de incapacitación: en concreto, en el capítulo II del título I («De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores»), que lleva por rúbrica «De los procesos sobre la capacidad de las personas» y que contiene ocho artículos: del 756 al 763. El artículo 760 LEC establece, en su primer párrafo, que «la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de esta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado». En el segundo párrafo del precepto se prevé la posibilidad de que en la propia sentencia de incapacitación se nombre a la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapacitado y velar por él. Es también posible acordar el nombramiento de tutor o curador mediante un expediente de jurisdicción voluntaria, de acuerdo con lo previsto en la sección 1.^a del capítulo IV del título I de la Ley de jurisdicción voluntaria (arts. 44 y sigs.).

Eliminada la incapacitación en el Código civil, el Anteproyecto prevé suprimir el proceso especial de incapacitación. El nuevo capítulo II del título I del libro IV contendrá el proceso «sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a persona con discapacidad», que solo se seguirá si existe oposición. El nuevo artículo 760 establecerá que «las medidas que adopte el juez en la sentencia [...] deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en los artículos 266 y siguientes del Código civil»; preceptos que regularán la medidas judiciales de apoyo, señaladamente, la curatela⁵³.

Si no hay oposición, el proceso se regirá por lo dispuesto en la legislación sobre jurisdicción voluntaria. A este efecto, se prevé incluir un nuevo capítulo en el título I de la Ley jurisdicción voluntaria —LJV—, el capítulo III bis, que regulará el «expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad». Se mantiene la sección 1.^a del capítulo IV del título I de esta ley sobre el expediente de tutela (como recuerda la exposición de motivos, para los menores) y curatela (como recuerda la expo-

sición de motivos, para las personas con discapacidad), pero tal expediente «solamente será aplicable a la curatela cuando, tras la tramitación de un proceso sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a una persona con discapacidad, sea procedente el nombramiento de un nuevo curador, en sustitución de otro removido o fallecido» —art. 44.2 LJV propuesto por el Anteproyecto—.

Si bien, inicialmente, el Anteproyecto no se apartaba del modelo contencioso, su ulterior versión ha incluido esta sustanciación por los trámites de la jurisdicción voluntaria cuando no hay oposición, reclamada en varios informes, dado que, como indica el Consejo de Estado en su informe, reconocida capacidad a las personas con discapacidad, no existe impedimento alguno para que, ante la ausencia de desacuerdo, pueda acudirse a la jurisdicción voluntaria (Dictamen C.E., 2019, 62). En esta línea, el Consejo Fiscal ha justificado la vía de la jurisdicción voluntaria alegando que «la pretensión procesal ya no tiene la misma potencialidad intrusiva en los derechos del discapacitado, pues ya no se trata de dar cauce a una pretensión de incapacidad con la consiguiente modificación sustancial de la capacidad de obrar. Ahora se trata de identificar los apoyos precisos, en una decisión siempre *rebus sic stantibus*» (Informe C.F., 2018, 54)⁵⁴.

Estas novedades chocan con la actual regulación de la materia en el Código del Derecho Foral de Aragón:

Por una parte, eliminado el proceso de incapacitación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ¿por qué procedimiento se sustanciará la incapacitación prevista en el artículo 38 CDFA? El nuevo proceso previsto para la provisión de apoyos cuando haya oposición, no permite que la sentencia determine la extensión y límites de ninguna incapacitación —como establece el citado artículo 38—, sino que la sentencia resultante del mismo, sin tocar la capacidad, solo determinará el apoyo preciso para que esa capacidad se ejerza en los términos del Código civil (en concreto, el nuevo art. 760 LEC se remite a los arts. 266 y sigs. CC). Y lo mismo cabe decir del expediente de jurisdicción voluntaria por el que sustanciará la provisión de apoyos cuando no haya oposición, que también se remite a los mismos preceptos del Código civil (art. 42 bis c LJV)⁵⁵.

Por otra parte, dado que tales procedimientos contencioso o voluntario están diseñados para adoptar medidas de apoyo en los términos —y conforme al sistema— del Código civil (arts. 756 y 760 LEC y arts. 42 bis a y c LJV) y parecen excluir la tutela de la persona con discapacidad (que se asocia a una privación previa de la capacidad y que no encajaría con la idea base de estos procesos), cabría preguntarse ¿por qué procedimiento se nombrará tutor al incapacitado aragonés? Recuérdese que en la Ley de jurisdicción voluntaria se mantiene el expediente de tutela y curatela

—sección 1.^a del capítulo IV del título I—, pero el legislador aclara en la exposición de motivos que se trata del expediente para nombrar tutor «para el menor» y curador «para la persona con discapacidad».

Por último, se produce colateralmente un problema en relación con el nombramiento de curador del menor aragonés emancipado —art. 33 CDFa—. Puesto que el Anteproyecto elimina la curatela del menor, que queda como figura exclusiva del mayor con discapacidad, adapta también las normas procesales a esa novedad y, como se ha indicado, aunque se mantiene el expediente de jurisdicción voluntaria relativo a la curatela en la sección 1.^a del capítulo IV del título I, resulta solo aplicable en relación con las personas con discapacidad —como ya se ha señalado que explica la exposición de motivos del Anteproyecto— y, en concreto, solo cuando, tras tramitarse un proceso de adopción de medidas de apoyo, haya que nombrar un nuevo curador: «el expediente al que se refiere el artículo siguiente solamente será aplicable a la curatela cuando, tras la tramitación de un proceso sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a una persona con discapacidad, sea procedente el nombramiento de un nuevo curador, en sustitución de otro removido o fallecido» —art. 44.2 LJV—. Por lo que se plantea la cuestión del procedimiento a través del cual se nombrará, en su caso, curador al emancipado aragonés. Al respecto, hay que señalar que tal nombramiento no está previsto en el expediente para la concesión judicial de la emancipación: el artículo 55 LJV solo prevé que el juez «resolverá concediendo o denegando la emancipación».

g) Armonización en materia de publicidad registral

Los problemas de armonización apuntados en el apartado anterior se arrastran en relación con la publicidad de las resoluciones judiciales citadas. El Anteproyecto, para dar coherencia al sistema, plantea modificar también la Ley del Registro Civil —de 2011— y la Ley Hipotecaria, eliminando el acceso a los registros de las sentencias de incapacitación, que en la mente del legislador ya no existen, y dando paso a las resoluciones dictadas en procedimientos de provisión de apoyos, en los que —como se ha visto— difícilmente encajaría el actual régimen aragonés.

Así, por lo que se refiere a las modificaciones previstas en la Ley del Registro Civil, se suprime en el artículo 4 la inscripción de «la modificación de la capacidad de las personas» —prevista hasta ahora en el núm. 10—, dado que desaparecerá esa posibilidad y ese estado civil, y en su lugar aparece como inscribible —en el nuevo núm. 11— «las resoluciones judiciales dictadas en procedimientos de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad». Por otro lado, se elimina el apartado,

hasta ahora común a menores y personas con discapacidad, relativo a la inscripción de «la tutela, la curatela y demás representaciones legales y sus modificaciones» —del actual núm. 11— y se sustituye por otro —que será el núm. 13— relativo exclusivamente a los menores en el que se establece la inscripción de la tutela de estos (y del defensor judicial del emancipado).

Conforme a lo anterior, se prevé que desaparezca el actual contenido del artículo 72.1 LRC: «la declaración judicial de modificación de la capacidad, así como la resolución que la deje sin efecto o la modifique, se inscribirán en el registro individual del afectado», y el del artículo 73.1 LRC: «se inscribirán en el registro individual de la persona con capacidad modificada judicialmente las resoluciones judiciales en las que se nombre tutor o curador». En su lugar, el artículo 72.1 LRC establecerá que «la resolución judicial dictada en un procedimiento de provisión de apoyos, así como la que la deje sin efecto o la modifique, se inscribirán en el registro individual del afectado». Todo ello, como ya sabemos, no está en sintonía con el actual sistema aragonés, basado en la modificación de la capacidad o incapacitación y en la tradicional tutela y curatela del incapacitado, de modo que, si no se adapta al nuevo paradigma, obligará a interpretaciones forzadas de la ley. Quizás pueda servir de asidero la letra del segundo inciso de este artículo 72.1 LRC que dispondrá que «asimismo, se inscribirá cualquier otra resolución judicial sobre los cargos tutelares, medidas de apoyo a personas con discapacidad y asistencia al pródigo», aunque lo cierto es que no es intención del legislador que se use de ese modo. El inciso, que no figuraba inicialmente en el Anteproyecto, ha sido incluido en la versión de 2019 a sugerencia del Consejo General del Poder Judicial, al advertir que se prevé que en relación con las nuevas figuras (excluye expresamente al tutor): curador, defensor judicial o guardador de hecho, se pueden establecer salvaguardias necesarias (por ejemplo, para el guardador de hecho con autorización judicial, en el art. 263 CC) o medidas de control (por ejemplo, para el curador en el art. 268 CC), que parece razonable que tengan acceso al registro con el fin de asegurar la debida publicidad, y considerar que ello quedaría garantizado con la introducción de un inciso en los términos apuntados (Informe CGPJ, 2018, 86 y 87).

Por otra parte, en la modificación de la Ley del Registro Civil proyectada se suprime también la inscripción de la patria potestad prorrogada o rehabilitada, dado que esta desaparece con el Anteproyecto. Está previsto que el artículo 71.2, que hasta ahora establece que «se inscribirá la extinción, privación, suspensión, prórroga y rehabilitación de la patria potestad», disponga solamente que «se inscribirá la extinción, privación y suspensión de la patria potestad»⁵⁶. Con lo cual, surgirá el problema de la inscripción de la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada de los mayores incapacitados del Código del Derecho Foral de Aragón —arts. 41

y 42—. Es verdad que el último párrafo del artículo 71 LRC, que se mantiene, se refiere a la inscripción de «todo lo relativo a las figuras similares o asimilables a la patria potestad, que sean de Derecho civil propio de las comunidades autónomas», pero también es cierto que el precepto establece que ello será inscribible «en idénticos términos» que lo dispuesto en los párrafos precedentes, en los que ahora se elimina la inscripción de la prórroga o rehabilitación.

Por último, en relación con el acceso a los datos especialmente protegidos del artículo 83.1 LRC, entre los que, por cierto, el Anteproyecto incluye «los datos de salud vinculados a la discapacidad» —nuevo apartado b) del precepto—⁵⁷, en la reforma prevista se introduce una modificación en relación con las personas con discapacidad. El actual artículo 84 establece que «solo el inscrito o sus representantes legales» pueden acceder o autorizar a terceras personas para acceder a los asientos que contengan datos. Consciente el legislador de que con el nuevo paradigma se excluye como regla general la representación de la persona con discapacidad, propone que, tras la referencia a los «representantes legales», se regule de forma específica lo relativo al acceso de estas personas, de forma que añade el inciso: «así como el apoderado preventivo general o el curador en el caso de una persona con discapacidad». Lo cual, nuevamente, puede plantear problemas en Aragón, donde con el actual régimen la persona con discapacidad puede estar sometida a otras medidas como la tutela o la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada. Naturalmente, nos veremos, en su caso, obligados a interpretar que el tutor o quien tenga la autoridad familiar encajan en el concepto de representante, pero, ciertamente, no será lo previsto en el precepto para el caso de las personas con discapacidad; o bien a interpretar extensivamente el concepto de curador al que se referirá la norma, más allá del sentido que esta quiere darle.

En cuanto a la publicidad en el Registro de la Propiedad, se prevé que en el artículo 2.4 de la Ley Hipotecaria se sustituya también la referencia a la inscripción de «las resoluciones judiciales en que se declare la incapacidad legal para administrar», que para el legislador ya no existen, por la de «las resoluciones judiciales que establezcan medidas de apoyo a las personas con discapacidad». Esta inscripción se practicará «en el folio de la finca o fincas inscritas a nombre de la persona con discapacidad que recibe medidas de apoyo y en el Libro único informatizado de situaciones de la persona a que se refiere el último inciso del apartado 5 del artículo 222 bis», de este modo, cualquiera que sea el juzgado en que se haya tramitado el procedimiento, la resolución será conocida por todos los registradores y todos los usuarios del Registro con interés legítimo. Se sustituye también la tradicional denominación de Libro de incapacitados por esta relativa a las situaciones de la persona, que resulta acorde con el nuevo sistema.

C) *¿Nuevamente el Derecho foral tras la senda del paradigma estatal?*

Cabe concluir que, a la vista de las expuestas dificultades de armonización que pueden surgir si se aprueba —como parece que ocurrirá— el Anteproyecto de reforma de la legislación civil y procesal⁵⁸, el legislador aragonés deberá reflexionar acerca de la regulación de la capacidad y las instituciones tutelares en el Código del Derecho Foral de Aragón. Aunque, con base en el artículo 149.1.8 CE, es competente para regular como desee esta materia y puede efectuar la adaptación a la Convención de Nueva York en los términos que considere oportunos, sin embargo, el hecho de que la adaptación proyectada por el legislador estatal suponga un cambio de paradigma del sistema de capacidad que haga necesario que la reforma se propague por todo el ordenamiento jurídico privado, más allá incluso del Código civil, afectando a normas que resultan aplicables en Aragón, condiciona al legislador de Aragón. De forma que es posible que, una vez más, la regulación aragonesa en la materia se vea influida por el ritmo que marca la legislación estatal, esta vez, tras haber conseguido —desde 2006— un sistema propio y completo.

Recuérdese que, como ya se ha expuesto, desde la promulgación del Código civil —que introdujo un sistema de tutela de familia— y la Ley de Enjuiciamiento Civil se inició una tendencia «abandonista» del sistema de instituciones tutelares del Derecho histórico aragonés, que se consagró con el Apéndice, cuya entrada en vigor supuso la derogación formal de los Fueros. Este, al considerar sus autores que el régimen aplicable era el del Código civil, solo contenía dos reglas en materia de tutela.

La Compilación supuso una vuelta al Derecho tradicional aragonés, pero tratando de armonizarlo con las normas del Código civil en materia de tutela: en palabras de GARCÍA CANTERO (1988, 516), la regulación de la tutela de este cuerpo legal aragonés se caracterizó, por «su adaptabilidad a la regulación del Código civil, «foralizando» órganos tutelares de este»; incluso la propia distribución sistemática de la regulación de la Compilación —destaca este autor— recuerda, de lejos, a la del Código civil⁵⁹.

La Ley 13/1983 reformó el Código civil introduciendo un nuevo sistema tutelar, en el que se diversificaron las instituciones y se cambió el sistema de tutela familiar por el de autoridad. Ello hizo que, al producirse un cambio radical en el Derecho aplicable como supletorio, se originara una falta de armonización entre ambos sistemas: el de la Compilación de 1967 y el supletorio del Código civil tras la reforma.

En 1985 se modificó la Compilación, pero, aunque se dudó acerca de la posibilidad de una reforma de mayor entidad, finalmente, solo se llevó a cabo una adaptación formal al nuevo sistema del Código civil, concretamente en lo que hacía referencia a la supresión del Consejo de Familia⁶⁰.

Finalmente, la Ley 23/2006, al introducir la regulación de la incapacidad e incapacitación se propuso superar las dificultades de armonización de las leyes estatales con las normas y principios del Derecho aragonés sobre capacidad de las personas, autoridad familiar y tutela; e, igualmente, con la nueva regulación de las instituciones tutelares trató de sustituir una regulación fragmentaria que ofrecía dudas de interpretación y, sobre todo, de integración con las normas supletorias del Código civil, que respondían a principios parcialmente distintos y, por ello, inadecuados.

Pues bien, alcanzada, como decía, la regulación de un auténtico sistema de capacidad y relaciones tutelares, propio de Aragón, que, aunque ciertamente muy parecido al del Código civil, permitía dejar atrás una regulación parcial y fragmentaria, que originaba problemas de armonización con el Derecho supletorio estatal, se plantea ahora nuevamente la necesidad de una nueva reforma para adaptar ese sistema al nuevo paradigma diseñado por el legislador estatal. Y ello, no porque en puridad deba seguir el modelo del Código civil, sino porque el legislador estatal ha modificado el resto del Derecho privado, aplicable en Aragón, atendiendo a este modelo y sin ser sensible a la pluralidad derechos civiles; lo cual, por otra parte, no siempre es fácil en cuanto que la atención a la pluralidad puede dar lugar, en ocasiones, a una complejidad excesiva (por ejemplo con previsiones paralelas, etc.).

Son las consecuencias de la necesidad de engarzar conjuntos de normas procedentes de distintos legisladores: mientras los pilares de ambos conjuntos son iguales, no hay problema en que lo construido por uno de los legisladores —el estatal— se aplique sobre pilares del otro conjunto normativo —el foral—; el problema surge cuando se regulan de modo diverso materias básicas. Un cambio en la regulación de los cimientos y, por tanto, de la construcción estatal puede causar problemas para aplicar algunas normas resultantes sobre los cimientos forales. Ello origina que el Derecho estatal arrastre al foral y que, por tanto, la libertad del legislador autonómico se vea, en cierto modo, condicionada.

En cualquier caso, el legislador aragonés tiene la última palabra en relación con la adaptación del Código del Derecho Foral de Aragón a la Convención de Naciones Unidas, íntimamente conectado con ello, con la posible puesta en armonía de este Código Foral con el Derecho estatal resultante, a su vez, de la adaptación. Por lo que solo la historia nos desvelará el devenir de los acontecimientos.

III. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

I. La ratificación de la Convención de Naciones Unidas para los derechos de las personas con discapacidad conlleva la necesidad de adaptar el

ordenamiento interno. La complejidad de la materia y el debate generado en torno al alcance y modo en que debe llevarse a cabo la adaptación al artículo 12 han originado que, a pesar de los esfuerzos, no exista todavía una reforma referida a los aspectos jurídico-privados de la discapacidad.

II. El Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, dado el malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados en relación con el artículo 12, emitió una Observación General en la que ofrece una interpretación del precepto que insta a reemplazar el criterio del interés superior por el de la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad y, en coherencia con ello, a eliminar los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones por otros fundamentados en el apoyo. No obstante, la comunidad jurídica internacional no reconoce el carácter vinculante de las observaciones emitidas por este tipo de organismos de tratados de Naciones Unidas y también en nuestro país existen dudas acerca de la condición jurídica de esta Observación General y del valor de su interpretación.

III. A pesar de lo anterior, en los trabajos dirigidos a reformar el Derecho civil del Estado se opta por una adaptación al artículo 12 de la Convención conforme a la interpretación y recomendaciones del Comité. Se proyecta instaurar un sistema basado en la supresión de las declaraciones de incapacidad y el reemplazo del modelo tutelar basado en la sustitución por un modelo de acceso a mecanismos de apoyo en la adopción de decisiones. El cambio de paradigma repercute en el conjunto del Derecho privado, afectando a gran parte de sus instituciones y materias, lo que obliga a que la reforma se irradie por todo el ordenamiento jurídico privado, más allá incluso del Código civil, alcanzando a normas procesales, registrales, etc.

IV. Por lo que respecta a los Derechos civiles territoriales, en cuanto que los ordenamientos catalán y aragonés regulan la discapacidad desde un punto de vista iusprivatista, deben también revisar sus normas a la luz del artículo 12 de la Convención.

V. En Cataluña, el contenido del libro segundo del Codi civil —2010— se corresponde con una interpretación moderada del artículo 12 que se traduce en una adaptación no maximalista: introduce una diversidad de regímenes que incluye tanto medidas que operan o pueden operar al margen de la incapacitación, como las tradicionales instituciones de protección vinculadas a esta. Puesto que posteriormente la línea hermenéutica de la Observación General ha sido más estricta, manifestando expresamente que este tipo de adaptación no era suficiente, el legislador catalán, a pesar del dudoso carácter vinculante de esta interpretación, ha iniciado trabajos para acomodar su ordenamiento a ella.

VI. En Aragón, la actual regulación de la capacidad y las relaciones tutelares en el Código del Derecho Foral —2011— procede de la Ley

13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona, y se basa —como el Código civil vigente— en un sistema de limitación o privación de la capacidad de las personas con discapacidad con las consiguientes medidas de complemento o sustitución.

VII. La reciente Ley aragonesa 5/2019, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad, obedece a la adecuación de la normativa autonómica a la Convención. Pero, a pesar de las dudas que, a primera vista, pudieran suscitar su terminología y la transcripción de parte del artículo 12 de la Convención, es solo una norma de corte público, que regula las actuaciones de las Administraciones públicas de la Comunidad Autónoma de Aragón para garantizar los derechos de las personas con discapacidad, y no aborda la adaptación de las normas jurídico-privadas: no se aproxima al tratamiento de la capacidad ni de las actuales instituciones de protección, por lo que su regulación en el Código del Derecho Foral de Aragón permanece intacta y la acomodación de este al artículo 12 queda pendiente.

VIII. El legislador aragonés, con base en su competencia legislativa en la materia, puede decidir libremente acerca de esa adaptación. Para ello, en primer lugar, ha de definir su postura ante el valor de las Observaciones Generales del Comité y la interpretación que este propone del artículo 12. Posteriormente, debe valorar el grado de sintonía de sus normas con el artículo 12 y determinar el sentido y alcance de la reforma necesaria para lograr la adecuación.

IX. Ahora bien, esta libertad puede verse condicionada con la proyectada reforma de las normas estatales. El hecho de que la misma no se circunscriba al núcleo de la materia, sino que, dada su magnitud, se propague por todo el ordenamiento jurídico privado, más allá incluso del Código civil, afectando a normas que resultan aplicables en Aragón, puede tener consecuencias relevantes: si la adaptación del Código del Derecho Foral de Aragón no sigue las premisas de la reforma estatal pueden existir problemas de armonización; es más, la misma inactividad del legislador aragonés podría dar lugar a esos problemas.

X. La aplicación del nuevo Derecho privado, construido sobre la imposibilidad de privar de capacidad y el empoderamiento de la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad, a quien, por aplicación de otro ordenamiento, se le ha privado de la misma y sometido a medidas acordes con esa privación produciría disfunciones y contradicciones en materia contractual, de responsabilidad civil, de Derecho de familia, etc. La distinta regulación daría lugar, asimismo, a problemas derivados de los distintos Derechos civiles aplicables a capacidad y a instituciones de apoyo —art. 9.1.º y 6.º en relación con el art. 16 CC— y también a problemas procesales y de publicidad registral. En unos casos los problemas de armo-

nización obligarían a interpretar la letra forzando el espíritu de la norma y contraviniendo el sistema que la sustenta y en otros casos ni siquiera ello sería suficiente para solventarlos.

XI. A la vista de lo señalado en los números precedentes, es posible que, una vez más, la regulación aragonesa en la materia se vea influida por el ritmo que marca la legislación estatal, como ya ocurrió con la citada Ley 13/2006, que introdujo una nueva regulación precisamente para superar las dificultades de armonización de las leyes estatales con las normas y principios del Derecho aragonés.

XII. Son los efectos de la necesidad de conjugar conjuntos de normas procedentes de distintos legisladores. Mientras coinciden los cimientos de ambos conjuntos, no hay problema en que lo construido por uno de los legisladores —el estatal— se aplique sobre pilares del otro conjunto normativo —el territorial—. Ahora bien, un cambio en la regulación de los cimientos y, consiguientemente, de la construcción estatal puede originar dificultades en la necesaria aplicación de algunas de las normas resultantes sobre los pilares del ordenamiento territorial al no encajar sobre ellos. Lo cual, puede condicionar al legislador autonómico.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALEMANY, M. (2018). Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad [Una crítica a la Observación General núm. 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad], *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52, 201 y sigs.
- ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE, J.A. (2010). El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, 20 y sigs.
- BOENTE, W. (2018). ¿Por qué resiste el Derecho? Pensamientos sobre el artículo 12 CRPD, en *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades riesgos y salvaguardas* (Dir. Pereña Vicente, M.), Madrid: Ed. Dykinson, 39 y sigs.
- CARRASCO PERERA, Á. (2018). Discapacidad personal y estabilidad contractual. A propósito del Anteproyecto de Ley presentado por el Ministerio de Justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad, *Publicaciones Jurídicas*. Centro de Estudios de Consumo, 1 y sigs.
- CUENCA GÓMEZ, P. (2012). El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española, *REDUR* 10, núm. diciembre, 61 y sigs.
- (2012). La incidencia del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución española, en *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 12.

- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2019). *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad*, Madrid: Reus Ed.
- (2019). El protagonismo de la persona con discapacidad en el diseño y gestión del sistema de apoyo, en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (Dir. de Salas Murillo, S. y Mayor del Hoyo, M.V.), Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 125 y sigs.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., ÁLVAREZ LATA, N., MAYOR DEL HOYO, M.V. (2018). Título VII del libro I del Código civil, *Propuesta del Código civil* (Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Asociación de Profesores de Derecho civil, Madrid: Ed. Tecnos, 284 y sigs.
- DE SALAS MURILLO, S. (2013). Repensar la curatela, *Derecho privado y Constitución*, núm. 23, 11 y sigs.
- (2018). Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de Convención, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 5.
- (en prensa). ¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?
- VERDA Y BEAMONTE. J.R. (2013). Autocontratación ¿Basta la existencia de conflicto de intereses?, en *Tratado de la compraventa: Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz* —Dir. Carrasco Perera, Á.—, Cizur Menor: Ed. Thomson Reuters. Aranzadi, 333 y sigs.
- DÍAZ ALABART, S. (2013). La protección jurídica de las personas con discapacidad psíquica no incapacitadas, *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, 3 y sigs.
- GARCÍA ALGUACIL, M.J. (2017). El mayor interés del discapacitado como límite a la autonomía de la voluntad, en *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinaria* —Dir. Parra Lucán, M.Á.—, Granada: Ed. Comares, 95 y sigs.
- GARCÍA CANTERO, G. (1988). Comentario al Capítulo I del Título III del Libro I de la Compilación del Derecho civil de Aragón, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón* —Dir. Lacruz Berdejo, J.L.— (t. I), 496 y sigs.
- (2013). Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad, en *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio de 2012, 207 y sigs., y en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* —Coord. De Salas Murillo—, Madrid: Dykinson, 41 y sigs.
- GARCÍA RUBIO, M.P. (2018-1). La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 145 y sigs.
- (2018-2). Algunas propuestas de reforma del Código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre), 173 y sigs.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. (2013). Comentario a los artículos 1457-1459 del Código civil, en *Comentarios al Código civil* —Dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.—, T. VII, Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 10276 y sigs.

- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2017). La configuración del interés del menor *ex artículo 2 LOPJM* y su posible aplicación a la determinación del interés de la persona con discapacidad intelectual o mental: una propuesta, en *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015* —Dir. Mayor del Hoyo, M.V.—, Cizur Menor: Ed. Thomson Reuters. Aranzadi, 485 y sigs.
- (2019). *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad (El Derecho español a la luz del artículo 23 de la Convención de Nueva York)*, Madrid: Ed. Reus.
- LEGERÉN MOLINA, A. (2019). La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos, en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (Dir. de Salas Murillo, S. y Mayor del Hoyo, M.V.), Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 165 y sigs.
- LEGERÉN MOLINA, A., y ROVIRA SUEIRO, M.E. (2015). *Instrumentos de protección de la discapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas*, Cizur Menor: Ed. Thomson-Reuters. Aranzadi.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Cizur Menor: Ed. Thomson Reuters-Aranzadi.
- (2019). Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote, en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (Dir. De Salas Murillo, S. y Mayor del Hoyo, M.V.), Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 253 y sigs.
- MATA RIVAS, F. (2000). Comentario a los artículos 15 a 18 de la Compilación de Aragón, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* —Dir. Albaladejo, M. y Díaz Alabart, S.—, T. XXXIII, vol. 1, Ed. Edersa, 260 y sigs.
- MAYOR DEL HOYO, M.V. (2013). Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad. Desamparo, intervención de las entidades públicas y acogimiento familiar, Cizur Menor: Ed. Thomson Reuters-Aranzadi.
- PARRA LUCÁN, M.Á. (2012). Capacidad y estado de las personas, en *Manual de Derecho civil aragonés* —DELGADO CHEVERRÍA, J.— (4.^a ed.), Zaragoza: Ed. El Justicia de Aragón, 111 y sigs.
- (2015). *La voluntad y el interés de las personas vulnerables. Modelos para la toma de decisión en asuntos personales*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- PARRA LUCÁN, M.Á. y LÓPEZ AZCONA, A. (2012). Las relaciones tutelares, en *Manual de Derecho civil aragonés* — DELGADO CHEVERRÍA, J.— (4.^a ed.), Zaragoza: Ed. El Justicia de Aragón, 203 y sigs.
- PAU PEDRÓN, A. (2018). De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil, *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre), 5 y sigs.
- (2019). Prólogo a la obra *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (Dir. De Salas Murillo, S. y Mayor Del Hoyo, M.V.), Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 11 y sigs.
- PEREÑA VICENTE, M. (2016). Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa, *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, 3 y sigs.

- (2018-1). La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre), 61 y sigs.
- (2018-2). La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad, *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades riesgos y salvaguardas* (Dir. Pereña Vicente, M.), Madrid: Ed. Dykinson, 119 y sigs.
- RAMOS, J. (2016). Introducción. La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas, *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*, 39, 7 sigs.
- RECOVER BALBOA, T. (2017). Hacia la reforma del Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad, en *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia* (Dir. García Garnica, M.C.), Madrid: Ed. Dykinson, 19 y sigs.
- SERRANO GARCÍA, J.A. (2004-1). *Memoria del Texto articulado del Proyecto de Ley de actualización del Derecho civil de Aragón en materia de Derecho de la Persona*. Primera entrega correspondiente al Título Primero: De la capacidad y estado de las personas, Zaragoza (memoria inédita que puede consultarse en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de Zaragoza).
- (2004-2). *Memoria del Texto articulado del Proyecto de Ley de actualización del Derecho civil de Aragón en materia de Derecho de la Persona*. Tercera entrega correspondiente al Título III: De las relaciones tutelares, Zaragoza (memoria inédita que puede consultarse en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de Zaragoza).
- (2008). Derecho civil de Aragón: presente y futuro, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 46, 109 y sigs.
- TORRES GARCÍA, T. (2008). Presentación, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre (monográfico dedicado al Anteproyecto).
- TRINIDAD NÚÑEZ, P. (2009). La aplicación judicial en España de las decisiones de los órganos de base convencional de supervisión de los derechos humanos creados en el seno de Naciones Unidas, en *La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Español* (MARIÑO MENÉNDEZ, F.), Madrid: Ed. Universidad Carlos III, 263 y sigs.
- Dictamen 5/2018, del Consejo Económico y Social, Sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad (2018).
- Dictamen emitido por el Consejo de Estado en Pleno sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (núm. 34/2019).
- Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad (2018).
- Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad (2018).
- The Essex Autonomy Project. Three Jurisdictions Report. Towards Compliance with CRPD artículo 12 in Capacity/Incapacity Legislation across the UK (An Essex Autonomy project Position Paper)*, 6 de junio de 2016.

NOTAS

¹ BOE núm. 96 de 21 de abril de 2008 y BOE núm. 97 de 22 de abril de 2008.

² Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad; Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; y Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

³ El Ministerio de Justicia llegó a elaborar un Borrador de Anteproyecto de ley de reforma del Código civil, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, en materia de modificación judicial de la capacidad y de las medidas de protección y apoyo de menores y de personas con capacidad modificada judicialmente, basado en los trabajos del Real Patronato sobre Discapacidad y en propuestas planteadas en distintos foros por fiscales y miembros de la carrera judicial. Sus novedades fueron presentadas por el Secretario General Técnico del Ministerio en una Jornada de la Fundación Hurkoa en diciembre de 2010 y puede consultarse en: www.bizkaia.net/Home2/Archivos/DPTO3/Temas/Adjuntos/21_Ponencia_Santiago_Hurtado.ppt. Pero este documento no tuvo mayor elaboración, ni siguió adelante.

⁴ El Comité examinó el Informe de España en sus sesiones 56.^a y 57.^a, celebradas el 20 de septiembre de 2011, y aprobó las siguientes observaciones finales en su 62.^a sesión, celebrada el 23 de septiembre de 2011.

⁵ CRPD/C/ESP/CO/1 5 y 6.

⁶ *BOCG. Congreso de los Diputados*, serie D, número 119, de 29 de junio de 2012, 6 y sigs.

⁷ *Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación permanente, X legislatura, 2012, núm. 79, 26 y sigs.

⁸ Así lo explica TORRES GARCÍA, T., Vocal Permanente de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación, en la presentación del monográfico de la *Revista de Derecho Civil* dedicado al Anteproyecto (vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, 1 y 2).

⁹ Cerrado ya este trabajo y admitido para su publicación, el Consejo de Ministros aprobó el 7 de julio de 2020 la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. El Proyecto sido presentado el 8 de julio, calificado el 14 de julio y publicado el 17 de julio (BOCG, Congreso de los Diputados, XIV legislatura, Serie A Proyectos de Ley, 17 de julio de 2020, núm. 27-1, 1 y sigs). El texto enviado es una última versión del Anteproyecto, de fecha de 3 de julio de 2020, que —con alguna modificación— coincide sustancialmente con la anterior.

¹⁰ El Comité examinó los informes en sus sesiones 445.^a y 446.^a, celebradas los días 18 y 19 de marzo de 2019, y aprobó las Observaciones finales en la sesión 463.^a, celebrada el 29 de marzo de 2019.

¹¹ CRPD/C/ESP/CO/2-3, 6.

¹² Resulta imposible recopilar en una nota todas las publicaciones relacionadas con lo expuesto, pero puede citarse como modo de botón de muestra: ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE, J.A. (2010), 20 y sigs.; CUENCA GÓMEZ, P. (2012), 61 y sigs.; GARCÍA CANTERO, G. (2012), 207 y sigs. y (2013), 41 y sigs.; MAYOR DEL HOYO, M.V. (2013); DE SALAS MURILLO, S. (2013), 11 y sigs.; DÍAZ ALABART, S. (2013), 3 y sigs.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2014); LEGERÉN MOLINA, A., y ROVIRA SUEIRO, M.E. (2015); PEREÑA VICENTE, M. (2016), 3 y sigs.; GARCÍA RUBIO, M.P. (2018-1), 145 y sigs.; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2019); GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2019), 17 y sigs.

¹³ *Vid.* las reflexiones de BOENTE, W. acerca de la resistencia general del Derecho del «Primer Mundo» al artículo 12 de la Convención en BOENTE, W. (2018), 39 y sigs

¹⁴ CRPD/C/GC/1, 1.

¹⁵ Cfr. CRPD/C/GC/1, 3 a 8. La Observación General núm. 1 (2014) puede consultarse en: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx>.

¹⁶ Pone de relieve esta crítica MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2019), 257 —nota 17—, donde puede consultarse una interesante reseña bibliográfica relativa a las críticas efectuadas en el ámbito médico. Desde el punto de vista jurídico, especialmente crítico con la Observación ha sido ALEMANY, M.: *vid.* ALEMANY, M. (2018), 201 y sigs.

¹⁷ *Vid.* en este sentido RECOVER BALBOA, T. (2017), 25 y 26.

¹⁸ En esta línea, TRINIDAD NÚÑEZ, P. afirma la competencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para hacer una «interpretación auténtica» del contenido de la Convención: Cfr. TRINIDAD NÚÑEZ, P. (2009), 341. Y RAMOS, J. considera la Observación General 1 «como la legítima y válida interpretación del artículo 12»: Cfr. RAMOS, J. (2016), 9.

¹⁹ Sobre ello —con una actitud crítica— *vid.* CUENCA GÓMEZ, P. (2012), 22 a 24.

²⁰ *The Essex Autonomy Project. Three Jurisdictions Report. Towards Compliance with CRPD artículo 12 in Capacity/Incapacity Legislation across the UK (An Essex Autonomy project Position Paper)*, 6 junio de 2016. Son autores del Informe: WAYNE MARTIN, SABINE MICHALOWSKI, JILL STAVERT, ADRIAN WARD, ALEX RUCK KEE-NE, COLIN CAUGHEY, ALISON HEMPSEY, REBECCA MCGREGOR.

²¹ En el mismo sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2019), 256 y 257.

²² El Consejo de Estado acoge sin reservas la interpretación del Comité. En el *Dictamen* que emite sobre el Anteproyecto, antes de pronunciarse sobre el texto, advierte de que la doctrina que el Comité ha generado mediante la Observación General y las observaciones particulares a los Estados «ha de ser tenida en cuenta para valorar si el proyecto sometido a consulta puede considerarse conforme a las exigencias de dicho artículo 12». La valoración que hace del texto es positiva al considerarlo de acuerdo con los postulados enunciados por el Comité. Y sugiere al legislador que en el primer apartado de la exposición de motivos se citen las Observaciones que, con carácter particular, formuló el Comité respecto de nuestra legislación. Cfr. *Dictamen C.E.* (2019), 26, 30 y 71.

²³ Observa el Consejo General del Poder Judicial en el Informe sobre el Anteproyecto que aunque existe «la posibilidad de acometer una reforma del sistema legal de protección de las personas con discapacidad de menor calado que la propuesta por el prelegislador», este «ha optado por modificar en profundidad el sistema [...] a partir de una concepción maximalista de la Convención». Advierte de que no obstante «ha de hacer una valoración favorable, en términos generales,» de la propuesta porque, más allá del respeto que merece la opción escogida por el prelegislador, respeta la Constitución y la Convención: cfr. *Informe C.G.P.J.* (2018), 32 y 35.

²⁴ La *Propuesta del Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil* opta —no sin debate— por complementar la modificación de la capacidad con la provisión del apoyo para actuar, es decir, cambiar el procedimiento de modificación judicial de la capacidad por el de modificación de la capacidad y provisión judicial de apoyos estables: Cfr. Exposición de Motivos y artículo 172-1, en su versión de mayo de 2019, tras la Segunda Sesión del Seminario de la propuesta del Código civil —APDC y RCDI—: http://www.derechocivil.net/images/libros/trabajos/%20posteriores/LIBRO_I_TITULO_VII_mayo_2019_MEDIDAS_DE_PROTECCIÓN_DE_LA_PERSONA_-5-5.2019.pdf. *Vid.* La primera versión impresa: DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., ÁLVAREZ LATA, N., MAYOR DEL HOYO, M.V. (2018), 284 y sigs. y Exposición de Motivos en 103 y sigs.

²⁵ La *Propuesta del Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, si bien contempla la tutela como medida subsidiaria de la curatela, considera preferible conservarla para los supuestos en que sea necesario representar a la persona de manera estable frente a la opción de renunciar a la misma y reconducir todos los apoyos estables a una única institución, la curatela, aunque en tales casos se trate de una curatela

representativa. *Vid.* sobre ello la exposición de motivos y el título VII del libro I: DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., ÁLVAREZ LATA, N., MAYOR DEL HOYO, M.V. (2018), 106 y 284 y sigs.

²⁶ Como ya se ha indicado en nota precedente, cerrado este trabajo y aceptado para su publicación, el procedimiento se ha reanudado y se ha presentado un Proyecto de Ley en el Congreso de los Diputados: *vid.* nota ix.

²⁷ Con el fin de que la reforma se lleve a cabo en un marco participativo, que sea capaz de recoger las demandas de las personas afectadas por ella, han optado por elaborar unas bases para articular un debate público. Una vez aprobadas las bases, se desarrollarán en forma de normas que serán las que sustituirán la normativa actual, en particular la parte del CCCat relativa a las instituciones de protección de personas mayores de edad. Esa nueva normativa se presentará en forma de anteproyecto de ley de reforma del Código civil de Cataluña en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica.

²⁸ Agradezco al prof. Jordi RIBOT IGUALADA la información compartida sobre el estado de la cuestión en Cataluña.

²⁹ Así lo explica el propio ponente, SERRANO GARCÍA, J.A. (SERRANO GARCÍA, J.A., 2008, 157 y 158).

³⁰ *Vid.* un interesante estudio en GARCÍA CANTERO, G. (1988), 497 y sigs.

³¹ Sobre todo ello, *vid.* con mayor detalle: GARCÍA CANTERO, G. (1988), 509 y sigs.; SERRANO GARCÍA, J.A. (2004-2), 9 y sigs.; MATA RIVAS, F. (2000), 260 y sigs. y, 280 y sigs.

³² Puede consultarse una síntesis más desarrollada del régimen del Código del Derecho Foral en el capítulo del *Manual de Derecho civil aragonés* citado en la nota anterior, 111 y sigs., y en el capítulo titulado «Las relaciones tutelares» de la misma autora junto con LÓPEZ AZCONA, A., 203 y sigs. En ambos capítulos se cita bibliografía más específica.

³³ Este concepto amplio (y el tratamiento unitario de toda la discapacidad) ha sido, en ocasiones, objeto de crítica por la doctrina. *Vid.*, por ejemplo, MAYOR DEL HOYO, M.V. (2013), 13 y 14; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2014), 33 y sigs.; PEREÑA VICENTE, M. (2018-1), 62 y sigs.

³⁴ Sobre esta controvertida cuestión, puede verse ampliamente: PARRA LUCÁN, M.Á. (2015), 13 y sigs. y, 129 y sigs.; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2017), 505 y sigs.; GARCÍA ALGUACIL, M.J. (2017), 95 y sigs.; GARCÍA RUBIO, M.P. (2018-1) 173; PAU PEDRÓN, A. (2018), 4 y sigs.; DE SALAS MURILLO, S. (en prensa); PEREÑA VICENTE, M. (2018-2), 120 y sigs.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2019), 266 y sigs.; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2019), 130 —nota 10—; LEGERÉN MOLINA, A. (2019), 189 y sigs.; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2019), 25 y sigs.

³⁵ Sobre esta concepción del apoyo, *vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2014), 93 y sigs.

³⁶ Sobre la ley que rige la capacidad y la ley que rige la protección de los mayores de edad, *vid.* el epígrafe II.- 4. B. a).

³⁷ Cfr. Observación General núm. 1: CRPD/C/GC/1, 8.

³⁸ También el Anteproyecto de Ley regula el derecho a la retribución del curador en el artículo 279.

³⁹ En realidad, en Aragón el derecho a la retribución, así como la cuantía y forma, cuando no hayan sido establecidos en la delación voluntaria, pueden ser previstos por el juez, pero también por la Junta de Parientes —art. 105.1 CDFA—.

⁴⁰ Este inciso, que no figuraba inicialmente en el Proyecto de Ley, fue añadido a propuesta de las enmiendas de tres grupos: Enmienda núm. 337, del Grupo Parlamentario Aragonés; Enmienda núm. 338, de la Agrupación Parlamentaria Izquierda Unida de Aragón; Enmienda núm. 341, del grupo Parlamentario Popular de las Cortes de Aragón. Cfr. Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, núm. 305, 26 de diciembre de 2018, 22124, 22125, 22126.

⁴¹ Llama la atención que la ley, puesta a reproducir el precepto en cuestión, no lo haya hecho de forma íntegra, y excluya la referencia a que las medidas sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, se apliquen en el plazo más corto posible y estén sujetas a revisiones periódicas. Quizás sea debido, por buscar una explicación, a que se ha centrado en aquellos aspectos de las salvaguardas relacionados con el respecto a la voluntad y preferencias, que es el derecho que se trata de garantizar en este título.

⁴² Sobre la influencia de la Convención de Naciones Unidas en materia contractual, puede verse: GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2019), 70 y sigs.

⁴³ Sobre ello puede verse, por ejemplo, GARCÍA RUBIO, M.P. (2018-2), 180 y sigs. Y de forma muy crítica: CARRASCO PERERA, Á. (2018); para quien la patología del sistema propuesto reside en «que un contrato pueda ser anulable por no respetarse las medidas de apoyo no conectadas con el consentimiento y que un contrato pueda ser anulable a pesar de que estas han sido observadas», 5.

⁴⁴ El Proyecto de Ley introduce un cambio relevante: elimina la posibilidad de que la persona a quien corresponda prestar el apoyo anule el contrato (cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, XIV legislatura, Serie A Proyectos de Ley, 17 de julio de 2020, núm. 27-1, 34).

⁴⁵ El redactor explica que en virtud de tal remisión resultarían aplicables las reglas sobre la capacidad de los menores, incluida, aunque reconociendo que con alguna dificultad, las relativas a la invalidez. Especifica que dicha dificultad estaría en la distinta situación del incapacitado, «sobre todo porque su falta de capacidad no va a ir desapareciendo gradualmente al irse haciendo mayor». Por ello, en el primer texto presentado opta por incluir una regulación específica en un precepto distinto —el 39— formulando de otra manera las reglas de legitimación y cómputo de plazo. Regulación específica a la que finalmente renuncia el legislador. Dicha renuncia no parece que implique la intención de aplicación supletoria de los artículos 1301 y 1302 del Código civil, sino el régimen previsto para el menor. Cfr. SERRANO GARCÍA, J.A. (2004-1), 130 a 132.

⁴⁶ *Vid.*, por ejemplo, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. (2013), 10287 y sigs. y DE VERDA Y BEAMONTE. J.R. (2013), 333 y sigs.

⁴⁷ *Vid.* en este sentido: GARCÍA RUBIO, M.P. (2018-2), 189.

⁴⁸ Hace notar la citada autora que la necesaria coordinación con lo dispuesto en el artículo 285.2.º obliga a considerar que tratándose de arrendamientos de bienes inmuebles por un tiempo superior a seis años el curador requerirá además la pertinente autorización judicial (GARCÍA RUBIO, M.P., 2018-2, 189).

⁴⁹ La redacción que da el Proyecto de Ley al precepto (ahora el 299), que omite la referencia a «en todo caso», mantiene el concepto de imputación subjetiva del Anteproyecto: «La persona con discapacidad responderá por los daños causados a otros, de acuerdo con los artículos 1902 y 1903, sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual respecto a otros posibles responsables» (cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, XIV legislatura, Serie A Proyectos de Ley, 17 de julio de 2020, núm. 27-1, 28).

⁵⁰ Se propone también nueva redacción para los preceptos del Código Penal que regulan la responsabilidad derivada de delito. En el primer párrafo de la regla 1.^a del artículo 118 se sustituye la referencia a la responsabilidad de «quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho» por la de «quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho». Y en el núm. 1 del artículo 120 se sustituye la responsabilidad de «los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía...», por la de «los curadores con facultades de representación plena que convivan con la persona a quien prestan apoyo...».

⁵¹ Inicialmente, el Anteproyecto había excluido sin más mención a la persona con discapacidad del artículo 125 del Código civil. En su versión de enero de 2019 se añadió, sin embargo, a petición del Consejo General del Poder Judicial, el siguiente inciso: «Di-

cha determinación no se entenderá realizada al margen de los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad que aquellas precisen», puesto que, aunque se deduce que así es, parecía oportuno incidir en ello (Cfr. *Informe*, 2018, 59).

⁵² Aparte de ello, hay señalar los problemas procesales que podría plantear en Aragón la previsión del futuro artículo 121 del Código civil relativa a la instrucción, en su caso, de un incidente de modificación de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas para que la resolución judicial haga referencia al reconocimiento.

⁵³ Puesto que en el Proyecto de Ley el contenido de estos preceptos pasa a los artículos 268 y sigs., la nueva redacción del artículo 760 actualiza la referencia numérica (Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, XIV legislatura, Serie A Proyectos de Ley, 17 de julio de 2020, núm. 27-1, 40).

⁵⁴ También el Consejo Económico y Social en su dictamen sobre el Anteproyecto abogó por el cauce de la jurisdicción voluntaria (*Dictamen CES 5/2018*, 27).

⁵⁵ Como ya se ha indicado, la nueva numeración del articulado en el Proyecto de Ley obliga a sustituir las referencias a los artículos 266 y sigs. por las relativas a los artículos 268 y sigs. (Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, XIV legislatura, Serie A Proyectos de Ley, 17 de julio de 2020, núm. 27-1, 40 y 48).

⁵⁶ La supresión no figuraba inicialmente en el Anteproyecto. Se añadió en su versión de enero de 2019 a partir de una sugerencia del Consejo General del Poder Judicial. Cfr. *Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil...*, cit., 91.

⁵⁷ En el Proyecto de Ley, la mención a «los datos de salud vinculados a la discapacidad» del apartado b) se sustituye por la referencia a «la discapacidad y las medidas de apoyo» como datos especialmente protegidos (Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, XIV legislatura, Serie A Proyectos de Ley, 17 de julio de 2020, núm. 27-1, 46).

⁵⁸ *Vid.* nota IX.

⁵⁹ El autor es seguido por SERRANO GARCÍA, J.A. (2004-2), 14 y (2014-1), 125.

⁶⁰ *Vid.* más ampliamente SERRANO GARCÍA, J.A. (2004-2), 16.

*(Trabajo recibido el 30-4-2020 y aceptado
para su publicación el 24-9-2020)*

La función social de la propiedad de la vivienda y las normativas autonómicas

The social function of home ownership and regional regulations

por

JESÚS ALBERTO MESSÍA DE LA CERDA
Profesor titular de Derecho civil. Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN: La necesidad de vivienda, unido a la cantidad de inmuebles existentes en nuestro país deshabitados, ha provocado que las CCAA, en el ejercicio de su competencia en materia de vivienda, hayan aprobado en los últimos años regulaciones que, al amparo de la función social de la propiedad, limitan este derecho hasta niveles hasta ahora desconocidos. Por ello, es necesario determinar si las soluciones adoptadas pueden suponer una restricción de tal calibre que supongan, más que la conformación del derecho de propiedad, la alteración de su sustancia hasta convertirse en un derecho diferente. Vamos a analizar en este trabajo las normativas autonómicas y los pronunciamientos del TC sobre las mismas, con el fin de determinar el extremo antes mencionado.

ABSTRACT: *Need for housing with the number of uninhabited properties in our country, has caused the Autonomous Communities, in the exercise of their competence in matters of housing, to have approved in recent years regulations that, under the protection of the social function of ownership, limit this right to previously unknown levels. For this reason, it is necessary to*

determine whether the solutions adopted may suppose such a restriction that they involve, rather than the formation of the property right, the alteration of its substance until it becomes a different right. We are going to analyze in this work the regional regulations and the pronouncements of the Constitutional Court on them, in order to determine the aforementioned point.

PALABRAS CLAVE: Derecho de propiedad. Función social de la propiedad. Vivienda desocupada. Alquiler social. Expropiación. Derecho subjetivo.

KEY WORDS: *Property law. Social function of property. Vacant housing. Social rent. Expropriation. Subjective law.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NORMATIVA SOBRE VIVIENDA AUTONÓMICA Y FUNCIÓN SOCIAL: CATALUÑA, ANDALUCÍA, COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA Y COMUNIDAD VALENCIANA: 1. CATALUÑA. 2. ANDALUCÍA. 3. COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA. 4. COMUNIDAD VALENCIANA.—III. EL DERECHO DE PROPIEDAD Y SU FUNCIÓN SOCIAL: CONTENIDO ESENCIAL Y NATURALEZA JURÍDICA: 1. EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD. 2. FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD. 3. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE PROPIEDAD.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, diversas CCAA han aprobado normativas sobre el acceso a la vivienda en situaciones de emergencia social o habitacional, con el fin de responder a la necesidad, en muchos casos acuciante, de tener un lugar donde residir. Se trata de soluciones que ya se han adoptado en otros países, con mayor o menor alcance¹. En principio, todas estas regulaciones solamente pretenden, en apariencia, proporcionar mecanismos y ayudas para facilitar el acceso a la vivienda de las personas necesitadas de la misma. Sin embargo, lo anterior no impide que estas soluciones hayan levantado cierta polémica y permitido la posibilidad de abrir un debate sobre el particular. En este sentido, entendemos que una normativa que regula la posibilidad de llevar a cabo acciones sobre una vivienda que suponen la sustracción de las facultades o posibilidades del propietario en aplicación del principio de la función social de la propiedad,

constituye una cuestión de sumo interés en relación con la configuración de aquel derecho. En concreto, es lógico preguntarse si estas regulaciones autonómicas han generado una alteración sustancial de la propiedad y de su contenido esencial o, por el contrario, únicamente son un ejercicio de definición de aquella mediante el establecimiento de los límites constitucionales al mismo.

Por ello, es necesario realizar un análisis sobre el concepto y contenido esencial del derecho a la propiedad privada —empleamos esta denominación con la intención de optar por la concepción de la misma como derecho subjetivo—, consagrado en el artículo 33 de la CE. En concreto, es necesario analizar si aquellas normativas se compatibilizan con el equilibrio que el citado precepto constitucional establece respecto del contenido dual de este derecho, conformado por las facultades tradicionales del derecho subjetivo y los deberes que comporta su función social. De esta forma, podremos concluir si, en efecto, se sigue manteniendo el mencionado equilibrio o, por el contrario, se rompe tal dualidad en favor una concepción más próxima al derecho-función o potestad, solución esta que sería, no solo novedosa, sino también contraria a la CE. Para ello, analizaremos la jurisprudencia del TC respecto de este derecho y las sentencias dictadas en relación con los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra las regulaciones autonómicas.

En definitiva, vivimos tiempos difíciles, en los que las personas y las sociedades que estas conforman sufren los embates de la crisis social y económica. Por esa misma razón, no es admisible que se aprovechen tales momentos para adoptar decisiones de enorme calado con vocación de permanencia. Es exigible que se establezcan medidas que permitan atajar situaciones de necesidad, pero es inadmisibles que, socapa de lo anterior, se introduzcan soluciones que pretenden perpetuarse para alterar instituciones que, no obstante, su normal y deseable adaptación al contexto, deben mantener, sin embargo, sus notas esenciales si se desea que puedan continuar sirviendo a los fines para los que se crearon. No son aceptables modificaciones normativas que responden al deseo o intención de generar un estado de cosas que, de otra forma y en un estado más sosegado y meditado, posiblemente no se hubieran producido. Por ello, quizás ha llegado el momento de plantearse si no es necesario detener la maquinaria y aplicar aquella máxima jesuita que dice «en tiempo de desolación nunca hacer mudanza». Las situaciones de excepción requieren soluciones también excepcionales, tanto en su contenido como en el tiempo o duración de las mismas, de manera que aquellas no deben instalarse en el acervo jurídico con carácter definitivo. No es positivo vivir en un estado de permanente crisis.

II. NORMATIVA SOBRE VIVIENDA AUTONÓMICA Y FUNCIÓN SOCIAL: CATALUÑA, ANDALUCÍA, COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA Y COMUNIDAD VALENCIANA

Pasemos, entonces, a analizar diversas normativas autonómicas para comprobar el alcance de las mismas y su significación. Antes de nada, no pretendemos agotar el estudio de todas las regulaciones existentes sobre esta materia en las CCAA, sino poner de relieve aquellas más significativas o que producen mayor afección en las facultades que integran el derecho de propiedad². En este sentido, diversas CCAA han regulado esta materia, lo que ha propiciado la reacción del TC mediante sentencias que han declarado inconstitucionales algunos preceptos de las mismas³. En mayor o menor medida, estas regulaciones incluyen medidas que suponen una restricción de las mencionadas facultades, sean las primeras meros elementos de delimitación del derecho de propiedad o, por el contrario, vayan más allá y constituyan limitaciones de dicho derecho.

1. CATALUÑA

Seguramente, una de las normativas autonómicas que más lejos ha llegado en el establecimiento de medidas limitativas del derecho de propiedad ha sido la catalana. En concreto, el Decreto Ley 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda, de la Generalidad de Cataluña, incluye una serie de mecanismos para gestionar la desocupación permanente de las viviendas, la atención a las situaciones de emergencia habitacional, un nuevo régimen de la vivienda de protección oficial y la limitación de los precios de alquiler de las viviendas libres para favorecer el acceso de personas necesitadas. Se comprueba, así, un elevado grado de intervención pública en el derecho de propiedad, basado en la necesidad de priorizar su función social, aun la posible falta de proporcionalidad entre los medios empleados y los objetivos perseguidos⁴.

En primer lugar, la norma amplía el concepto de vivienda desocupada, situación que comporta el incumplimiento de la función social de la propiedad. Así, el artículo 1 del Decreto Ley 1/2020, de 21 de enero, por el que se modifica el Decreto Ley 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda⁵, establece la modificación del artículo 3 d) de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda y dispone lo siguiente: «d) *Vivienda vacía: la vivienda que permanece desocupada permanentemente, sin causa justificada, por un plazo de más de dos años. A este efecto, son causas justificadas el traslado por razones laborales, el cambio de domicilio por una situación de dependencia, el abandono de la*

vivienda en una zona rural en proceso de pérdida de población y el hecho de que la propiedad de la vivienda sea objeto de un litigio judicial pendiente de resolución. La ocupación sin título legítimo no impide que se pueda considerar vacía una vivienda». En similar sentido se pronuncia el artículo 5.2 de la Ley 18/2007, al definir una nueva situación de desocupación. La normativa catalana establece que la ocupación sin título de una vivienda vacía, no solamente no ataca —o, al menos, nada se dice en tal sentido—⁶, sino que mantiene la consideración como vacía de la vivienda, de tal forma que sitúa al propietario en una posición de peor derecho que el ocupante, que no posee derecho alguno, salvo que esta norma deba entenderse como la consagración, *de facto*, de una situación posesoria *ex novo*. De ser así, se estaría consagrando un nuevo estado de cosas que habilitaría al poseedor con diversas facultades y debilitaría al propietario de manera sensible.

Las consecuencias derivadas del incumplimiento de la función social van más allá de la adopción de medidas de fomento. Por el contrario, el nuevo artículo 5.3, párrafo segundo, dispone lo siguiente: *«Sin embargo, las administraciones competentes pueden declarar el incumplimiento de la función social de la propiedad de las viviendas cuando, requeridos los propietarios para que adopten las medidas necesarias para cumplir con la función mencionada, estos incumplan el requerimiento en el plazo que se establezca. La declaración del incumplimiento de la función social puede comportar la adopción de las medidas de ejecución forzosa que la legislación en materia de vivienda establece y, en los supuestos del apartado 2 bis, las establecidas en la legislación en materia de suelo, incluida la expropiación forzosa en los casos establecidos legalmente».* En el mismo sentido se pronuncia el artículo 41, al considerar la desocupación como una situación anómala. Es decir, dicho incumplimiento permite a la Administración la imposición de sanciones y la incoación de un expediente expropiatorio. Sanciones y privación que no se excluyen, ni siquiera, en el supuesto de que el propietario se vea privado, cuando menos, de su uso por causa de ocupación ilegal.

Por otra parte, la norma modifica el régimen, ya establecido anteriormente, relativo al alquiler social, que se impone al propietario en los siguientes supuestos: interposición de demanda judicial de ejecución hipotecaria o de otro tipo, derivada de la reclamación de una deuda hipotecaria, interposición de demanda de desahucio por impago de rentas o expiración del plazo⁷ y por precario o cualquier otra destinada al desalojo del ocupante que no tenga título jurídico habilitante, siempre y cuando se cumplan las condiciones del artículo 5; finalmente, adquisición de una vivienda resultante de la consecución de acuerdos de compensación o dación en pago de préstamos o créditos hipotecarios sobre la vivienda habitual, o antes de la firma de la compraventa de una vivienda que tenga como causa de la venta la imposibilidad, por parte del prestatario, de devolver el préstamo hipotecario.

En segundo lugar, este deber se impone al demandante en supuestos de adquisición anterior a la interposición de una demanda judicial de ejecución hipotecaria o de desahucio por impago de alquiler, si el procedimiento afecta a personas o unidades familiares que no tengan una alternativa propia de vivienda y que estén dentro de los parámetros de riesgo de exclusión residencial definidos por la presente Ley; circunstancia que debe comprobar el propio demandante. Este alquiler se aplica a todos aquellos que tengan la consideración de «gran tenedor». A este respecto, esta normativa modifica este concepto, de manera que ya no se requiere ser titular de una superficie mínima de 1250 metros cuadrados, sino que son tales las personas jurídicas titulares, por sí o mediante un grupo de empresas, de más de 15 viviendas; las personas físicas que sean titulares de más de 15 viviendas; fondos de capital riesgo y de titulización de activos; las entidades financieras y sus filiales inmobiliarias, los fondos de inversión y entidades de gestión de activos; además, las personas jurídicas que hayan adquirido viviendas posteriormente al 30 de abril de 2008 que sean, en primera o en ulteriores transmisiones, provenientes de ejecuciones hipotecarias, provenientes de acuerdos de compensación de deudas o de dación en pago, o provenientes de compraventas que tengan como causa la imposibilidad de devolver el préstamo hipotecario. La condición del titular de la vivienda como «gran tenedor» conlleva la ampliación de los plazos del alquiler social hasta cinco o siete años o su prórroga forzosa cuando los arrendatarios estén en situación de exclusión residencial.

Un análisis de este precepto nos sugiere diversas cuestiones. En primer lugar, la consideración como afectados de las personas jurídicas y físicas con más de 15 viviendas. Es cierto que las mismas no son destinatarias de un uso normal de la vivienda, sino que, en la gran mayoría de casos, llevan a cabo operaciones de carácter financiero y especulativo con dichas viviendas. Por otra parte, el supuesto de adquisiciones anteriores a 30 de abril de 2008 parece querer perseguir adquisiciones de vivienda con fines especulativos. En este orden de cosas, debemos pensar que estas actividades también constituyen un legítimo negocio desempeñado por empresas que, de manera profesional y ética, llevan a cabo su labor. Pues bien, la imposición de esta solución a las viviendas adquiridas por esta vía podría dar al traste con el objetivo de que la venta judicial satisfaga la totalidad o gran parte de la deuda hipotecaria, por cuanto la limitación que supone la celebración de un alquiler social comporta una limitación excesiva de los ingresos perceptibles, lo que conlleva la necesidad de reducir la cantidad que se va a satisfacer como precio de la vivienda.

En relación con lo anterior, debemos tener en cuenta qué se entiende por alquiler social. El artículo 5.7 de la Ley 24/2015, de 29 de julio define así estos alquileres: «*A efectos de lo establecido por los apartados 1 y 2,*

para que la propuesta pueda ser considerada de alquiler social debe cumplir los siguientes requisitos: a) Debe fijar rentas que garanticen que el esfuerzo por el pago del alquiler no supere el 10% de los ingresos ponderados de la unidad familiar, si están por debajo del 0,89 del indicador de renta de suficiencia (IRSC), o el 12% de los ingresos ponderados de la unidad familiar, si están por debajo del 0,95 del IRSC, o el 18% de los ingresos ponderados de la unidad familiar, si son iguales o superiores al 0,95 del IRSC. b) Debe ofrecer preferentemente la vivienda afectada por el procedimiento o, alternativamente, una vivienda ubicada dentro del mismo término municipal, salvo que se disponga de un informe de los servicios sociales municipales acreditativo de que el traslado a otro término municipal no afectará negativamente a la situación de riesgo de exclusión residencial de la unidad familiar. c) Debe ser para un periodo de como mínimo tres años».

Como se puede comprobar, las limitaciones de renta, ubicación y plazo hacen un tanto gravoso este tipo de alquileres. Por supuesto, la imposición del deber de alquiler social va anudada, en caso de incumplimiento, a una sanción económica: en virtud de la disposición final tercera de la Ley 24/2015, dicho incumplimiento constituye una infracción de carácter grave de la normativa administrativa de vivienda, castigada con una sanción económica entre 9.001 y 90.000 euros. Como se ha señalado, este precepto debe ser interpretado con carácter restrictivo, lo que conlleva la imposibilidad de su aplicación a procedimientos ya iniciados, así como sus estrictos efectos administrativos, eludiendo, así, su eficacia en el ámbito procesal como presupuesto necesario del posible recurso judicial⁸. La nueva normativa catalana también establece una regulación sobre expropiación forzosa por causa de interés social cuando las Administraciones competentes requieran de vivienda para satisfacer necesidades habitacionales. Esta medida afecta principalmente a viviendas vacías u ocupadas sin título habilitante o que pertenezcan a personas jurídicas que las hayan adquirido de un titular de viviendas y que estén inscritas en el Registro de viviendas vacías y viviendas ocupadas sin título habilitante, en primera o ulteriores transmisiones. La expropiación abarca, no solamente el uso temporal de la vivienda, sino también su dominio.

En conclusión, la normativa aprobada por esta CCAA parece sacrificar en exceso el derecho de propiedad⁹. Pues bien, el TC se pronunció sobre de la constitucionalidad de algunos preceptos de la Ley catalana 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial, en la STC 8/2019, de 17 de enero¹⁰. En concreto, se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 17.3, 4 y 5, relativos a: la determinación por acuerdo o mediante expediente de justiprecio del jurado de expropiación de Cataluña, el importe de la expropiación temporal y la declaración de ocupación urgente en el expediente de

expropiación. En este caso, el TC solamente declara la inconstitucionalidad y se remite a las argumentaciones de anteriores sentencias¹¹. Por ello, analizaremos las mismas más adelante.

2. ANDALUCÍA

Esta comunidad autónoma ha aprobado una normativa que pretende dar cumplimiento al mandato constitucional de desarrollo de la función social de la vivienda. Esta materia fue regulada por la Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, la cual se aprobó como resultado de la tramitación como proyecto de Ley, por procedimiento de urgencia, del Decreto Ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda¹². Esta norma fue recurrida por el Gobierno ante el TC. La tramitación como Ley es un dato de importancia, por cuanto el alto tribunal se pronunció sobre la inconstitucionalidad del Decreto Ley sin aludir a la Ley 4/2013. En este sentido, debemos reseñar que los preceptos de esta Ley coincidentes con los declarados inconstitucionales por la referida sentencia del TC fueron recurridos posteriormente¹³. Por esta razón, la STC 93/2015, de 14 de mayo¹⁴, no se ha pronunciado sobre ciertas cuestiones de fondo y ha adoptado una posición cauta, a la espera de resolver el recurso interpuesto frente a la Ley definitiva¹⁵.

La Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda¹⁶ establece un punto de partida muy agresivo en su Preámbulo: «...*La Constitución no tutela, por tanto, usos “antisociales” del derecho de propiedad... Siendo, en este caso, finalidad propia de la vivienda la de propiciar la posibilidad de dar cumplimiento al derecho a disponer de un techo bajo el que las personas puedan desarrollarse con normalidad dentro de la sociedad, su desocupación representa el mayor exponente del incumplimiento de la finalidad del bien y, por tanto, de su función social*». Es decir, sobre la base de que la finalidad principal y, podríamos decir, única de la vivienda es la de proporcionar un techo, su desocupación constituye un ejercicio antisocial y contrario a aquella función social. Consecuentemente, «*La función social de la vivienda configura el contenido esencial del derecho mediante la posibilidad de imponer deberes positivos a su titular que aseguren su uso efectivo para fines residenciales, entendiéndose que la fijación de dicho contenido esencial no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales*». Es decir, la función social de la propiedad, entendida como una de las partes del contenido del derecho de propiedad, determina los usos de este que encajan con dicha función, más allá de los objetivos particulares del titular sobre la vivienda. En cualquier

caso, legislador andaluz asume la competencia de regulación del contenido esencial del derecho de propiedad, solución que puede ser discutible, a la luz de la doctrina del TC.

Centrando su objetivo en las viviendas desocupadas, la Ley introduce un nuevo precepto, el artículo 25, en la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del Derecho a la Vivienda, en el que, mediante presunciones, introduce una definición de viviendas deshabitadas. Así, considera tales las viviendas que no se destinen al uso residencial durante más de seis meses consecutivos en un año y las que no cuenten con contrato de suministro de agua o de electricidad o presenten nulo o escaso consumo de suministros, calculados con base en la media habitual de consumo por vivienda y por año. Esta técnica normativa no parece muy precisa para definir o probar la desocupación. Por el contrario, la elevación de tales indicios a presunciones, que, por supuesto, deberían admitir prueba en contrario, parece generar una predisposición frente a los propietarios. Por otro lado, la normativa excluye de esta consideración las viviendas destinadas a uso turístico, temporada o segunda residencia, solución de gran interés en una comunidad como la andaluza.

Además, el nuevo artículo 26 establece diversos indicios de no habitación: datos del padrón de habitantes, consumos anormalmente bajos o carencia de los suministros de agua, gas y electricidad, recepción de correo y notificaciones en otros lugares; utilización habitual de otras ubicaciones para las comunicaciones telefónicas e informáticas; declaraciones o actos propios de la persona titular de la vivienda y de los titulares de la vecindad y negativa injustificada del titular a facilitar comprobaciones a la Administración. En primer lugar, parece que el legislador encuentra grandes dificultades en diferenciar las presunciones y los indicios, como lo demuestra el hecho de que la segunda de estas sea idéntica al segundo indicio. La solución es muy diversa en ambos casos: de ser una presunción, se podría declarar la vivienda como deshabitada, desplazando el onus probandi de la circunstancia contraria al propietario; de ser un mero indicio, la Administración podría utilizar el mismo como una prueba más para declarar la desocupación, pero no necesariamente serviría por sí sola a tal efecto. De otra parte, alguno de los indicios no resiste el mínimo reproche —cartas y llamadas— y otros recuperan viejos usos más propios de instituciones inquisitoriales ya superadas —delación—.

Declarada como deshabitada la vivienda, se inscribirá en el Registro habilitado al efecto. El artículo 53.1 a) considera infracción muy grave «No dar efectiva habitación a la vivienda en los términos establecidos en el artículo 25, siempre que el titular de la misma sea una persona jurídica, bien en régimen de pleno dominio, bien como titular de una participación mayoritaria en un condominio sobre la misma. Igual determinación rige para las

sociedades irregulares». Los artículos 58 y siguientes establecen un elenco de sanciones, que van desde la multa coercitiva hasta la no participación en procesos de edificación y promoción pública de vivienda. No obstante, también se arbitran, como en otras Leyes, medidas de fomento para evitar la desocupación, con el fin de que los propietarios decidan voluntariamente la ocupación de la vivienda. En este punto, debemos precisar que la aplicación de las medidas coercitivas tiene como destinatarios las personas jurídicas, dirigiéndose las de fomento a las físicas¹⁷. Finalmente, la disposición adicional primera establece la declaración del interés social de la cobertura de necesidad de vivienda de personas en especiales circunstancias de emergencia social, lo que permitiría la expropiación forzosa de la vivienda.

Esta normativa fue recurrida por el Gobierno central ante el TC. En este caso, la STC 93/2015, de 14 de mayo de 2015, declaró la inconstitucionalidad de los artículos 1.3 — el inciso «forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda el deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico»—, 25. 5 y 6 y 53.1 a) de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía, en la redacción aprobada por el artículo 1 del Decreto Ley 6/2013, de 9 de abril; así como también la disposición adicional segunda de dicho Decreto Ley 6/2013 —en la Ley 4/2913, la disposición adicional primera—. Por otro lado, el alto tribunal declaró constitucionales el resto de los párrafos del artículo 25 «siempre que se interprete como instrumento de la política autonómica de fomento de la vivienda en alquiler en los términos establecidos en los fundamentos jurídicos 13, 14 y 15 de esta resolución». Es decir, se considera que las medidas de alquiler social pueden ser consideradas como medidas de política de vivienda, en cuyo caso entran dentro de las competencias regulatorias de las CCAA.

El TC —FJ 2.º— no resolvió sobre la constitucionalidad de que, de acuerdo con doctrina asentada, la derogación del Decreto Ley por una nueva Ley, implica que el recurso decae por falta de objeto, salvo que el motivo de aquel sea la existencia de un conflicto competencial. Por esta razón, el alto tribunal se pronuncia sobre la posible invasión de competencias, pero rechaza realizar un análisis sobre la posible afección de la norma al contenido esencial del derecho de propiedad. Sin embargo, a continuación, se incluye en la sentencia un análisis sobre los límites objetivos o materiales del Decreto Ley¹⁸. En relación con esta cuestión, el TC considera que este Decreto Ley no incumple la exigencia de la extraordinaria y urgente necesidad —FJ 5.º y 6.º—. Sin embargo, sí entiende que el mismo se ha excedido de sus límites materiales, al regular y afectar de manera directa al contenido esencial del derecho de propiedad, al entender aplicable el artículo 86 de CE a las regulaciones con rango de Ley urgentes de los ejecutivos autonómicos: «...El artículo 110 EAAAnd ...no contiene prohibición expresa, a diferencia

de lo que hace el artículo 86 CE en relación con la legislación provisional del Gobierno, de afectar a los derechos constitucionales, entre los que se cuenta el derecho de propiedad. Ahora bien, según hemos adelantado, el principio democrático (arts. 1.1 CE), ...aun no siendo obstáculo para que el ejecutivo autonómico disponga, si así ha sido apoderado expresamente por el texto estatutario, de facultades legislativas en situaciones de necesidad, reclama, eso sí, que tales poderes y su ejercicio estén sujetos a los estrictos límites que, como concreción de ese principio, impone el artículo 86.1 CE al Decreto Ley. En definitiva, por el motivo expuesto, la condición establecida en el artículo 86.1 CE de que los Decretos Leyes «no podrán afectar ...a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I» se proyecta sobre la facultad del ejecutivo andaluz de aprobar Decretos Leyes y por ello es parámetro de constitucionalidad de los que dicte...».

Pues bien, el artículo 1.3 —FJ 13.º— establece una previsión que implica un deber del propietario —destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico— que, más allá de ser un mero instrumento de ordenación urbanística, delimita las facultades que comporta el derecho de propiedad —en palabras del propio tribunal, «...influencia consecutiva que esa imposición tiene también sobre el poder de disposición, dado que se reducirá notablemente el mercado de compradores y cambiarán las condiciones en que estos estarán dispuestos a adquirir el bien»— y precisa el alcance de la función social de la propiedad —“...como se desprende de la exposición de motivos donde se lee que siendo ...finalidad propia de la vivienda la de propiciar la posibilidad de dar cumplimiento al derecho a disponer de un techo... su desocupación representa el mayor exponente del incumplimiento de la finalidad del bien y por tanto de su función social...”—, afectando así a los dos componentes básicos del contenido de la propiedad, según ha considerado el TC. Se trata, por tanto, de «...una regulación directa y con vocación de generalidad de las vertientes individual e institucional del derecho de propiedad sobre la vivienda...». Concluye el TC afirmando que una regulación del ejecutivo con fuerza de Ley no puede afectar al contenido esencial del derecho de propiedad. Por otro lado, el alto tribunal puntualiza que no se plantea la posibilidad de que dicha afección no pueda llevarse a cabo por parte del legislador ordinario mediante una Ley formal. Deja, así, sin resolver una cuestión primordial y, como se ha señalado, parece anticipar el sentido de la sentencia del recurso contra la Ley 4/2013¹⁹.

Como ya hemos señalado, el Gobierno ha interpuesto posteriormente recurso contra la Ley 4/2013. En relación con el efecto derogatorio de las Leyes respecto de los Decretos Leyes, el TC ha señalado que la primera sustituye al segundo, pero en modo alguno produce efecto sanatorio alguno, pues son normas separadas y diversas. Aunque en ocasiones se ha sostenido

lo contrario (STC 6/1983, de 4 de febrero²⁰), aquella solución es mayoritaria en los pronunciamientos del TC²¹. En sentido inverso, la declaración del TC sobre el Decreto Ley tampoco afecta a la posible constitucionalidad de la Ley que lo convalida. Ello conlleva, por tanto, la necesidad de analizar la resolución del TC respecto del recurso contra la Ley 4/2013.

La STC 32/2018, de 12 de abril, ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno contra el artículo 1 y la disposición adicional primera de la Ley del Parlamento de Andalucía 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda²². El fallo de esta sentencia es el siguiente: declara constitucional el artículo 1.3 de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, redactado por la Ley 4/2013; declara inconstitucional la disposición adicional primera de la Ley 4/2013, de 1 de octubre —por entender que menoscaba la efectividad de la competencia estatal, sin pronunciarse sobre la concurrencia de arbitrariedad y discriminación respecto de las entidades financieras y similares— y desestima el recurso en las demás pretensiones. Para resolver el presente recurso, el TC tiene en cuenta, en pura lógica, la Sentencia 93/2015 y asume la doctrina de la STC 16/2018, de 22 de febrero²³, en relación con varios preceptos de la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del derecho a la vivienda de Navarra, en redacción dada a los mismos por la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio.

En el FJ 3.º señala el TC que, al tratarse ahora de una Ley formal, el argumento esgrimido en la Sentencia 93/2015, sobre la admisión de que un Decreto Ley afecte al contenido esencial de la propiedad, no puede servir de base para la resolver este recurso. Respecto de la constitucionalidad o no del artículo 25, el TC no acepta el criterio de invasión competencial de una medida de política económica, por cuanto entiende, con base en la sentencia relativa a la normativa navarra, que estos preceptos acogen acciones de fomento o promoción del uso social de viviendas, sin que se incluya deber alguno de habitación ni sanción a los propietarios por su incumplimiento. Tampoco el artículo 1.3 produce este efecto invasor, pues solamente se trata de un precepto declarativo del deber habitacional.

Aunque este artículo sea una declaración general de las intenciones del legislador, una interpretación sistemática de la normativa en su conjunto o, al menos, de los preceptos recurridos, hubiera podido dar otro resultado. De otro modo, no se entiende cuál puede ser el alcance de una norma de imposición de un deber que no produce ningún efecto en caso de incumplimiento, en consonancia con la clásica concepción sobre la composición de las normas jurídicas por el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. Seguramente, en los casos en que deba aplicarse esta norma, el juzgador de que se trate empleará este criterio de interpretación sistemática para reforzar la solución impuesta, lo que incide en la idea de su uso como elemento de

conformación del canon de constitucionalidad. Finalmente, tampoco el artículo 53, relativo a las sanciones por incumplimiento de la función social de la propiedad, supone un menoscabo de la política económica del Gobierno, dado que la afección económica es reducida por el número de inmuebles a los que afecta y se aprecia una falta de precisión de la afección, al tratarse de meras previsiones.

Seguidamente, el TC sí entra a analizar, en el presente caso, a diferencia de la Sentencia 93/2015, por las razones ya apuntadas, la posible afección del artículo 1.3 al contenido del derecho de propiedad. Sobre la base de la consideración de este precepto y de su contexto normativo —en este caso, el TC sí tiene en cuenta un criterio de sistemática—, el alto tribunal realiza la siguiente afirmación: «En el presente caso, tomando en consideración el contexto normativo en que se incluye la expresa mención que el artículo 1.3 hace a que ese deber “forma parte del contenido esencial del derecho a la propiedad” y, especialmente, teniendo en cuenta que también se afirma que dicho deber forma parte de ese contenido esencial en la medida en que está previsto en el ordenamiento jurídico, hay que deducir que ello no implica una regulación que imponga ese deber como configurador del real contenido esencial de aquel derecho. Desde esa comprensión, y así interpretado el contenido del artículo 1.3 impugnado, no cabe considerar que suponga una innovación del contenido esencial del derecho de propiedad de las viviendas sitas en la Comunidad Autónoma de Andalucía...» —FJ 7.º—.

En esta ocasión, no parece que la argumentación y solución adoptadas por el TC hayan sido muy afortunadas. La frase empleada en el artículo 1.3 no permite deducir otro sentido que el expresado: el deber de destinar la vivienda a uso habitacional forma parte del contenido esencial. Y no consideramos que la referencia a su reconocimiento en el ordenamiento jurídico sea causa habilitante suficiente. El ordenamiento jurídico no había incluido, hasta la fecha, ninguna imposición de la habitación. Por lo tanto, sí se puede afirmar que la normativa andaluza introduce en este punto una novedad que modifica el contenido esencial del derecho de propiedad. Lo que el TC no puede hacer es decir lo que la norma no dice y sus declaraciones no poseen la virtud taumatúrgica de crear un nuevo sentido de las palabras del propio legislador. El artículo 1.3 dispone expresamente que el deber de destinar la vivienda a uso habitacional «forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad». Es muy arriesgado forzar el sentido literal de estos términos, dado que, en un futuro, se podría recuperar su significado primigenio. El alto tribunal debe interpretar qué ha querido decir el legislador, no superponer un significado difícilmente deducible. Sería conveniente no olvidar la navaja de Ockham.

La norma acoge medidas que, sean de fomento o prescriptivas, terminan imponiéndose finalmente en los propietarios y cuyo incumplimiento genera

sanciones. Ello constituye un mecanismo de limitación efectiva del derecho de propiedad y de generación de nuevos deberes, hasta entonces inexistentes. Podría alegarse, frente a esta inexistencia, que, más bien, se trata del silencio, hasta la fecha, de lo que el artículo 33 y la función social de la propiedad implican. Aunque el TC afirma que no se produce una alteración del contenido del derecho, esta afirmación debería haberse acompañado de una argumentación más amplia en tal sentido. La mera alusión a su previsión en el ordenamiento no es suficiente: no basta con afirmar que ya existe, es necesario desarrollar esta conclusión, es necesario cohonestar la misma a los pasajes de aquel Ordenamiento que contemplan este deber.

En relación con lo anterior, debemos recordar que, según jurisprudencia asentada del TC, el derecho de propiedad está compuesto por las facultades del derecho subjetivo y los límites resultantes de su función social, de manera que la imposición de nuevos límites podría suponer la alteración del derecho. Pues bien, la interpretación que el propio legislador andaluz hace de su normativa, recogida en el preámbulo, es la siguiente. «...La no ocupación de viviendas supone un funcionamiento ineficiente de tales infraestructuras y servicios que contravienen la función social de la propiedad de la vivienda: la no ocupación, el no destino de un inmueble al uso residencial previsto por el planeamiento urbanístico suponen, por tanto, un grave incumplimiento de su función social... Es en este contexto en el que se dictó el Decreto Ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, que articuló las medidas que por su propia naturaleza actúan como plan de choque en salvaguarda del bien jurídico protegido: el derecho a una vivienda digna, y con el que se dio un paso hacia delante en la definición de la función social de la propiedad de la vivienda, contribuyendo a señalar las consecuencias del incumplimiento de dicha función». El preámbulo, en este caso, determina qué constituye un grave incumplimiento de la función social e impone una sanción, a la vez que «define» dicha función social, según sus propias palabras. La intención del legislador es innegable. Y no se argumenta en sentido favorable a la ausencia de valor jurídico de este texto: el mismo afianza la interpretación de los preceptos que lo desarrollan y que sí contienen verdaderos deberes.

Sobre toda la argumentación sobrevuela un factor que resulta determinante: las medidas solamente son aplicables a personas jurídicas. En relación con esta cuestión, el TC rechaza la argumentación de la Abogacía del Estado sobre posible vulneración del principio de igualdad y consiguiente discriminación. Entiende el tribunal que «...En efecto, la notoriedad de la utilización de las viviendas como bien de inversión predicable en las personas jurídicas, frente al natural ejercicio del derecho a la vivienda propio de las personas físicas, podría justificar razonablemente que el legislador asociase consecuencias diversas al incumplimiento del deber de dar efectiva habita-

ción a la vivienda cuando su titular es una persona jurídica... Por tanto, constatado que no se puede afirmar que el distinto trato definido en los preceptos legales ahora examinados carezca de toda explicación racional, no cabe tampoco acoger este motivo impugnatorio».

Así, la propiedad de las viviendas de personas jurídicas sería, sobre la base de su funcionalidad exclusivamente financiera o económica, un tipo especial de propiedad, que justifica la aplicación de medidas de mayor exigencia respecto de su uso y aprovechamiento. Sin embargo, tanto el legislador como el intérprete deben tener muy claros los límites de tales soluciones. Es decir, la adopción de estas medidas podría estar justificada por razón de los objetivos de política legislativa contemplados, siempre que no se pierda de vista que los fines financieros, junto a los habitacionales, pueden constituir objetivos legítimos también de las personas físicas. En tales casos, habría que preguntarse por una posible discriminación o ruptura del principio de igualdad si se admite la especulación financiera de las personas físicas, como medio de capitalización legítimo y, por el contrario, se rechaza el mismo objetivo respecto de las personas jurídicas.

3. COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA

La Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra²⁴, establece una serie de medidas para garantizar la residencia a personas en situación de necesidad habitacional. El presupuesto legitimador de estas medidas es la función social de la propiedad, según el preámbulo: «...Siendo, en este caso, finalidad propia de la vivienda la de propiciar la posibilidad de dar cumplimiento al derecho a disponer de un techo, bajo el que las personas puedan desarrollarse con normalidad dentro de la sociedad, su desocupación representa el mayor exponente del incumplimiento de la finalidad del bien y por tanto de su función social. Con la presente modificación legal se pretende mejorar la definición de la función social de la propiedad de la vivienda y de las consecuencias del incumplimiento de dicha función en unos momentos que pueden ser calificados como de emergencia social y económica...».

A continuación, el legislador navarro precisa su objetivo con el fin de atajar el problema del acceso a la vivienda de sectores necesitados, cuales son las personas jurídicas cuya actividad posee un claro carácter especulativo: «...Entre las distintas formas de desocupación de viviendas merece un mayor reproche la del conjunto de viviendas que son propiedad, en sus diferentes formas, de personas jurídicas, en especial, entidades financieras y sus filiales inmobiliarias, entidades de gestión de activos, incluidos los procedentes de la reestructuración bancaria, y entidades inmobiliarias, siendo, además, supues-

tos de importancia cuantitativa...». Además, realiza un contraste claro con la titularidad de las personas físicas, cuyos objetivos parecen más alejados de la mera inversión especulativa. Sin embargo, se recoge en este preámbulo una afirmación que nos llama la atención. En efecto, se afirma que «...La notoriedad de la utilización de las viviendas como bien de inversión que se predica en las personas jurídicas, frente al natural ejercicio del derecho a la vivienda propio de las personas físicas sustancia, junto a otros de índole económica y social, un elemento diferenciador que cualifica el incumplimiento por las personas jurídicas titulares del deber de dar efectivo destino habitacional a las viviendas». Es innegable que las mencionadas entidades actúan como sujetos inversores y, con ello, tal actividad puede considerarse contraria al objetivo de acceso a la vivienda cuando sus actuaciones solamente propicien la ganancia por medios diferentes al habitacional o incrementen los precios de dicho acceso. Pues bien, se afirma que el natural empleo de la vivienda por las personas físicas es el habitacional. No negamos que se trata de uno de los objetivos de su tenencia y uso, pero ni mucho menos es el único. Por el contrario, las personas físicas y las familias sitúan tradicionalmente sus ahorros en tales inmuebles, lo que convierte a los mismos en claro objeto de inversión y capitalización. Por lo tanto, el diverso tratamiento que esta norma hace de las personas jurídicas mencionadas y de las físicas no obedece tanto a un criterio finalista, sino más bien subjetivo.

El artículo 1 de la Ley define la vivienda desocupada de la siguiente manera: «...Se presumirá que la vivienda no está habitada cuando no se destine efectivamente al uso residencial previsto por el ordenamiento jurídico o el planeamiento urbanístico durante más de seis meses consecutivos en el curso de un año...». Además, señala el párrafo 5.º que «En orden al ejercicio de la potestad sancionadora regulada en esta Ley Foral solo se considerará vivienda deshabitada aquella cuya titularidad corresponda a una persona jurídica — en dominio o cuota mayoritaria de condominio—, constituida regular o irregularmente». Tras establecer el artículo 1 varios supuestos de exclusión y unos indicios de desocupación —Padrón y otros registros, suministros, correo, lugar de notificaciones, vecinos, actos propios y negativa a las comprobaciones, como *ficta confessio*—, el artículo 2 considera causa de expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad «2. a) Mantener una vivienda deshabitada en los casos en que constituye infracción sancionable en virtud de la presente Ley Foral y no haber cumplido en el plazo concedido al efecto el requerimiento para poner fin a tal situación». En relación con lo anterior, el artículo 7 añade una nueva disposición adicional a la normativa de vivienda de 2010 que declara de interés social, como fundamento de la expropiación, la cobertura de la necesidad de vivienda de personas en situación de emergencia social a causa de procedimientos de desahucio hipotecario promovidos por entidades

financieras, sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos, que resulten adjudicatarias.

La STC 16/2018, de 22 de febrero de 2018²⁵, resolvió un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno central contra algunos preceptos de la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del derecho a la vivienda en Navarra, según redacción dada por la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra: artículos 42 bis —apartados segundo, cuarto, quinto y sexto—, 42 ter, 42 quater, 42 quinquies, 42 sexies, 52.2 a), 66.1, 72.2 y la disposición adicional décima —apartados primero y segundo—. El TC estimó parcialmente el recurso, al declarar inconstitucionales los apartados primero y segundo de la disposición adicional décima —por considerar que tales preceptos, más que una mera corrección, suponen un menoscabo de la competencia estatal— y desestimar el resto del recurso. La desestimación de la invasión competencial por la comunidad navarra en el artículo 42 se basa en que la medida no implica un deber del propietario de ocupar la vivienda, sino un objetivo político de aquella. Además, afirma —FJ 7.º y 8.º— que las CCAA son competentes para delimitar la función social de la propiedad y, con ello, el mismo derecho de propiedad. De esta forma, y dado que dicha delimitación afecta a la vertiente institucional de aquel derecho, su adopción corresponde a la administración que tiene la competencia, es decir, las CCAA. Se trata de un argumento que presenta ciertas quiebras, puesto que el TC trasciende a la mera relación de las competencias estatales del artículo 149 de la CE, para proceder a un reparto de lo que debería ser una competencia única, según las propias argumentaciones del alto tribunal.

Si el derecho de propiedad presenta una clara dualidad, conformada por el clásico derecho subjetivo y la función social de la propiedad, ello conlleva que su contenido está conformado de forma indisoluble por estos elementos. Ante esta situación, no parece lógico sostener que dicha realidad dual va a ser regulada por dos instancias con concepciones completamente diversas. De lo contrario, se está permitiendo que la función social de la propiedad, como factor de delimitación del derecho subjetivo, se fije por una Administración distinta, es decir, se permite que las CCAA limiten las competencias reguladoras del Estado central, lo cual contradice la solución de competencias separadas. Con ello, se estaría vaciando la competencia de estatal en favor de las CCAA, que obtienen *ex novo* unas posibilidades que no tenían reconocidas. Las políticas de vivienda admiten las medidas de fomento y de desarrollo de la función social de la propiedad urbana, pero tenemos serias dudas de que ello pueda servir de base para limitar el contenido de un derecho que corresponde fijar, por mandato constitucional, al Estado central, como el propio TC había manifestado en anteriores ocasiones.

Además, el TC estima —FJ 17.º—, con base en la jurisprudencia del TEDH, que las soluciones adoptadas en relación con la función social y el derecho de propiedad no eliminan la proporcionalidad entre los medios empleados y los resultados obtenidos. En este sentido, debemos señalar que ambos tribunales han dulcificado los requerimientos de dicho test, que ha pasado de ser un examen de proporcionalidad a erigirse en un chequeo sobre la razonabilidad de dichas medidas, a lo que se añade que, en materia social y económica, se reconoce al legislador amplia discrecionalidad. Se rechaza también la inconstitucionalidad del precepto relativo a los indicios de desocupación —FJ 9.º—, recurrido por considerar que vulnera la presunción de inocencia y la prohibición de la arbitrariedad, al entender que se trata de una medida enmarcada en las políticas de fomento sin eficacia sancionadora. En nuestra opinión, el TC interpreta de manera muy restrictiva el alcance de los indicios. Por el contrario, la habilitación de los mismos como medios de acreditación de la desocupación, desde un punto de vista teleológico, tiene claramente un objetivo sancionador, al abrir la puerta a la expropiación.

El TC también rechaza la posible discriminación resultante de la aplicación de tales medidas a las personas jurídicas, con exclusión de las físicas, tomando como base las diversas finalidades de ambas y reafirmando, con ello, la argumentación del legislador navarro contenida en el preámbulo, según vimos. Como ya señalamos respecto de la normativa andaluza, encontramos ciertos problemas derivados de la posibilidad de que las personas físicas lleven a cabo operaciones con fines exclusivamente especulativos, las cuales, por su condición subjetiva, no se verían sometidas a este régimen sancionador.

4. COMUNIDAD VALENCIANA

La Ley 2/2017, de 3 de febrero, de la Generalidad de la Comunidad Valenciana, regula la función social de la vivienda²⁶. En el preámbulo de esta ambiciosa norma, el legislador, con un expreso tinte ideológico, afirma que, dada la cortedad de objetivos que el derecho a una vivienda digna y adecuada del artículo 47 de la CE tiene —recordemos que se trata de un principio rector de la política social y económica—, es necesario avanzar en las reformas que permitan superar el esquema neoliberal que ha abandonado la política de vivienda al mercado. Partiendo de estas afirmaciones, se construye todo un edificio regulador que eleva la función social de la propiedad a límites inusuales hasta la fecha. Así, el legislador valenciano redefine la función social de la propiedad de la vivienda, con un nulo reconocimiento del derecho de los propietarios de las mismas, —que son los más—, los cuales no parecen no tener problemas económicos o sociales para mantener

su titularidad. Resulta muy elocuente esta parte del preámbulo de la Ley: «En este sentido, ha de partirse de la constatación de que el derecho a la vivienda y su efectiva garantía, así como el desarrollo de la función social del derecho de propiedad para facilitarlo, plantean varias dimensiones. Por un lado, la más obvia: la existencia de un efectivo derecho exigible a disponer de una vivienda digna y asequible en todos los casos. Pero, por otro, la vertiente relacionada con el derecho a conservar una vivienda digna, que afecta particularmente a quienes han realizado un importante esfuerzo personal y económico para lograrla y que, por diversas razones, puedan haber quedado en una situación especialmente vulnerable como consecuencia de muy diversas circunstancias... Por último, la función social de la vivienda obliga a disponer de mecanismos que permitan hacer efectivas estas medidas... De forma coherente con esta visión, la Ley establece en su título I un verdadero derecho subjetivo a disponer de una vivienda, así como los mecanismos para hacerlo exigible ante la Administración valenciana, que se convierte así en una de las más avanzadas de España en cumplimiento y desarrollo del precepto constitucional».

Se reconoce, así, un nuevo derecho subjetivo a una vivienda digna y adecuada y otro de conservación de una vivienda de aquellos que la han perdido tras haber realizado un gran esfuerzo económico²⁷. Estas afirmaciones denotan la posibilidad de que la atención a las tales personas se haga a costa de los propietarios y sean estos los que deban sufrir los efectos de tales políticas, Y no solo a través de medidas fiscales, tributarias, urbanísticas o similares, lo cual podría entrar dentro de cierta lógica²⁸, sino mediante limitaciones en el propio derecho de propiedad. El derecho subjetivo a una vivienda digna y adecuada se traduce, según el artículo 6 de la Ley, en la posibilidad de reclamar aquella judicialmente a la propia Administración autonómica.

Por su parte y en cumplimiento de la función social de la vivienda, el artículo 5 dispone que las conductas contrarias a la misma pueden dar lugar «...a la incoación de los procedimientos previstos en los artículos siguientes, que podrán incluir medidas de fomento y concertación, así como las intervenciones de advertencia y persuasión que resulten necesarias y en su caso las de carácter fiscal que a tal efecto se habiliten por norma con rango de Ley formal. En todo caso, la incoación de un procedimiento por incumplimiento de la función social de la vivienda será compatible con el uso de medios de ejecución forzosa como las multas coercitivas y, además, con el oportuno procedimiento sancionador...». Se considera, entre otros, un supuesto de incumplimiento «... a) Cuando se incumpla el deber de conservación y rehabilitación de la vivienda... b) Cuando una vivienda esté deshabitada de forma permanente e injustificada, en las condiciones establecidas en esta Ley». Este precepto genera una gran presión a los propietarios

de viviendas, ya que la vivienda que vaya a ocuparse deberá tener ciertas condiciones de habitabilidad y en numerosos supuestos el desembolso que requiera la conservación pueden abocar al propietario a un gran esfuerzo económico.

En relación con las viviendas deshabitadas, el artículo 15 considera tales las que no se destinen de forma efectiva al uso residencial legalmente previsto o estén desocupadas de forma continuada durante un tiempo superior a dos años. Tras establecer un elenco de supuestos excluidos —por cierto, se incluyen las segundas residencias, lo que, en una CCAA como la valenciana, resulta de gran importancia—, se determina que estas viviendas deberán incluirse en un registro habilitado al efecto. En el caso de los denominados grandes tenedores —personas físicas o jurídicas cuya actividad sea la construcción, promoción, intermediación o financiación de la construcción o de la compra de vivienda, con más de 10 inmuebles excluidos del mercado de venta, alquiler o derecho de superficie, que cumplan los requisitos del artículo 15—, esta exigencia es aún mayor, puesto que deben comunicar la relación de viviendas deshabitadas a la Administración cada seis meses.

El artículo 3 prevé el alquiler obligatorio como objetivo de las políticas de la Administración en cumplimiento de la función social de la propiedad. Por su parte, el artículo 12.1 establece la obligatoriedad, para entidades financieras, filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos que resulten adjudicatarias de la vivienda en un procedimiento de ejecución hipotecaria, de contratar con el comprador ejecutado en situación de necesidad —siempre que se trate de vivienda habitual y única— un arrendamiento con opción de compra. A su vez, el párrafo 2.b) determina que el precio del arrendamiento será fijado por la Consejería del ramo, según baremo establecido en dicho precepto —doceava parte del 2 % del precio de la vivienda, reajustado según lo establecido en el apartado a) si la base del contrato fuera el precio de adjudicación del inmueble, o por la doceava parte del 3% del precio de mercado en otro caso—²⁹. Una figura que podría resultar de interés, pues supone la colaboración entre propietario e inquilino, es el alquiler solidario, que permitiría la financiación de rehabilitación de viviendas de propietarios que no pueden abordar la misma. Sí prevé el artículo 27 los alquileres asequibles, con la ayuda de la mediación. En definitiva, parece que el legislador valenciano ha centrado su atención en las viviendas deshabitadas, como elemento que, según el mismo, tendría mayor impacto en el cumplimiento efectivo del derecho a una vivienda digna y adecuada.

La STC 80/2018, de 5 de julio³⁰, resolvió un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra diversos preceptos de la Ley valenciana. Esta sentencia declaró inconstitucionales los artículos relativos a la expropiación forzosa del usufructo —arts. 12.4 y 13—, el derecho subjetivo a reclamar una vivienda a la Administración —art. 6— y la solicitud de informe a los

organismos autonómicos para el corte de luz en casos de pobreza energética —art. 23.5—. En nuestro caso, resulta de especial interés el pronunciamiento sobre el artículo 12.4 y 13, relativos a la expropiación del usufructo. Se ha argumentado que la solución adoptada por el TC no contradice la argumentación sustantiva que subyace detrás de estas medidas, el incumplimiento de la función social de la propiedad, dado que el alto tribunal declara la inconstitucionalidad de estos preceptos por invasión de competencias estatales, de manera que su admisión daría al traste con las medidas de política económica adoptadas por el Estado, las cuales deben tener, para ser efectivas, alcance integral³¹. Por otra parte y respecto del artículo 12, la diferencia que el TC aprecia entre la medida estatal del alquiler a precio tasado en situaciones de vulnerabilidad y el alquiler con opción de compra de la normativa valenciana, permiten sostener la constitucionalidad de esta medida, contenida en el artículo 12.1³². Se trata de una divergencia de soluciones que no encuentra fácil justificación si realizamos un sencillo análisis teleológico.

Sobre la base de lo anterior, se ha afirmado que el TC reconoce la validez sustantiva de las medidas de alquiler social adoptada en la Ley valenciana, admitiendo con ello la posibilidad de que una normativa autonómica pueda regular la función social de la vivienda. Para ello, se argumenta que uno de los votos particulares reconoce que, de admitirse la constitucionalidad del alquiler obligatorio, no hay obstáculo para aceptar la de la expropiación de usufructo³³. Nada más lejos de la realidad. En primer lugar, el pronunciamiento del TC respecto del alquiler obligatorio resuelve, únicamente, la cuestión competencial, sin entrar a debatir sobre la validez sustancial de la medida y su adecuación al artículo 33 de la CE. En segundo lugar, y lo que es más importante, debemos reseñar que la anterior interpretación del voto particular de los magistrados Ricardo ENRÍQUEZ SANCHO y Santiago MARTÍNEZ-VARES GARCÍA no se ajusta a su verdadero sentido. En realidad, los magistrados sostienen que existe igualdad de razón entre la expropiación del usufructo y el alquiler obligatorio, lo que permite sostener la inconstitucionalidad de ambos, no lo contrario.

Reproducimos, a continuación, la argumentación de los magistrados: «...Si nos adentramos en el examen de esta segunda cuestión, verdadero objeto del recurso, me parece evidente que la obligación de constituir un arrendamiento sobre la vivienda objeto del procedimiento de ejecución hipotecaria establecida en el artículo 12 tiene exactamente los mismos efectos que las expropiaciones de uso de esas mismas viviendas declaradas inconstitucionales por las antes citadas SSTC 93/2015, 16/2018, 32/2018 y 43/2018 para casos similares, y, lo que resulta aún más sorprendente, en esta misma Sentencia por simple remisión a esa doctrina anterior (fundamento jurídico 3) para la expropiación de uso del artículo 13 y el anexo I de esta Ley

2/2017... Que una expropiación forzosa de usufructo (art. 13 y anexo I) y un arrendamiento forzoso (art. 12) producen los mismos efectos no parece necesitar demasiadas explicaciones... Por otra parte, la Constitución, en el artículo 33.3, ni siquiera emplea el término «expropiación forzosa», limitándose a regular las garantías de los propietarios frente a las privaciones singulares de «bienes y derechos» por acción de los poderes públicos... Y la aplicación de las garantías del artículo 33.3 a los arrendamientos ha sido establecida en la STC 89/1994, de 17 de marzo, FFJJ 4 y 5». Es decir, los límites establecidos por el artículo 33.3 de la CE también son aplicables al arrendamiento, en este caso con más lógica, dado su carácter obligatorio.

Continúan señalando los magistrados lo siguiente: «...resulta que uno y otro instituto tienen el mismo ámbito objetivo y subjetivo de aplicación, de manera que en uno y otro caso los mismos propietarios se ven privados del derecho de uso temporal de la misma vivienda por el mismo plazo en favor de las mismas personas. Expropiación y arrendamiento forzosos son, por tanto, simplemente dos técnicas alternativas para conseguir el mismo resultado, y por ello merecedoras de un mismo trato. Es más, apurando el examen de los preceptos legales citados, puede concluirse que el régimen del arrendamiento forzoso del artículo 12 es incluso más gravoso para el propietario que la expropiación de uso del artículo 13 y anexo I, pues a diferencia de lo que sucede en el caso de la expropiación, la inicial privación temporal del uso de la vivienda por la constitución del arrendamiento puede convertirse en una privación definitiva de la plena propiedad si el arrendatario ejerce su derecho de opción de compra establecido en la Ley, con precio tasado e imputando al mismo las cantidades amortizadas del préstamo hipotecario original, un efecto que no se prevé en caso de expropiación de uso temporal en el artículo 13». Es decir, el alquiler propaga su carácter forzoso a la compra posterior, en el caso de que el arrendatario decida en tal sentido, lo que conlleva una privación de la propiedad de mayor efecto que la expropiación del usufructo.

La CE legitima el arrendamiento como fórmula factible para lograr la habitación, pero no es admisible que, bajo tal objetivo, se oculte un mecanismo de adjudicación de la propiedad de un inmueble mediante la privación injustificable de otro propietario. Debemos recordar que en el preámbulo de la Ley se da carta de naturaleza a un pretendido derecho a conservar la propiedad de una vivienda de quienes han perdido la misma por no poder atender al pago de la hipoteca. Con ello, se establecía un presupuesto que intentaba legitimar las soluciones adoptadas relativas a la privación de la propiedad. En relación con esta cuestión, el TC ha señalado que resulta contrario al contenido esencial del derecho de propiedad el vaciamiento o eliminación de la utilidad económica de dicho derecho. Por ello, la STC 89/1994, de 17 de marzo³⁴, señala que el establecimiento de una prórroga

forzosa no es contrario a aquel contenido, dado que permite continuar percibiendo la renta estipulada: «...Pero a este respecto es necesario concluir que ni la prórroga forzosa, ni la severidad de los requisitos exigidos para que proceda la excepción a la prórroga por causa de necesidad, en los casos de los artículos 70 y 71 de la LAU ocasionan por sí mismas la pérdida de la utilidad económica de los arrendamientos concertados... La utilidad económica de la propiedad dada en arrendamiento implica la percepción de la correspondiente merced arrendaticia, por lo que una disposición que supusiera el vaciamiento del contenido económico de la renta acordada podría representar la vulneración del derecho reconocido en el artículo 33 de la Constitución... De lo expuesto resulta que no es la prórroga forzosa *per se* el origen de una pérdida esencial, o vaciamiento, de la utilidad económica del bien arrendado... Supone, ciertamente, una restricción o limitación de este derecho... Pero esa dificultad, y consiguiente limitación, no puede considerarse una supresión del derecho sino, en todo caso, una afectación de su contenido que no lo hace desaparecer ni lo convierte en irreconocible».

Sin embargo, la normativa valenciana va más allá al establecer la posibilidad de que el propietario sea privado de la vivienda por la opción de compra establecida en el alquiler obligatorio: es decir, se impone el alquiler y, con ello, la opción, lo que supondría una privación de la vivienda sin contar con la voluntad del propietario. *Sensu contrario*, parece que esta solución no es conforme al contenido esencial del derecho de propiedad esgrimido por el TC en la resolución antes mencionada, a lo que debemos añadir que las limitaciones de renta establecidas distan mucho de poder cubrir los costes de mantenimiento de la vivienda, lo que supondría una privación encubierta por disminución excesiva de la renta y de la utilidad económica de la propiedad, inadmisibles a la luz del texto constitucional y de la propia esencia y razón de ser de aquel derecho.

En definitiva, en estas regulaciones autonómicas se adopta una serie de medidas que persiguen el desarrollo del derecho a una vivienda digna y adecuada del artículo 47 de la CE. Este confuso precepto incluye, no un derecho subjetivo, sino un principio rector de la política social y económica, como manifiesta el magistrado José GABALDÓN en su voto particular de la STC 222/1992, de 11 de diciembre³⁵: «...no se formula un derecho subjetivo ejercitable directamente frente a un obligado ni sirve como fundamento para determinar la preferencia de ciertos sujetos frente a otros en la posesión de la vivienda... sin que el legislador hubiera establecido el régimen adecuado al efecto, regulando las condiciones necesarias y las normas para la efectividad de aquel derecho general, mediante la aplicación del principio formulado en el citado precepto constitucional». En este sentido, han sido posteriores regulaciones de rango legal, como la valenciana, las que han pretendido generar este derecho, hasta entonces inexistente. Esta solución³⁶ pretende

crear un derecho de nuevo cuño frente a los poderes públicos, a los que se reclamaría una vivienda con el fin de satisfacer, no ya un derecho de propiedad, sino la necesidad de habitación³⁷. Ello obligaría a la Administración a adoptar una posición de proactividad que podría plantear problemas de ajuste económico. Quizás por ello, el propio legislador español no se ha atrevido a adoptar esta solución: el artículo 4.a) del Decreto Ley 2/2008 de 20 de junio, tras reconocer el derecho a una vivienda digna, adecuada y accesible, no fija las bases respecto de los titulares, facultades y contenido y defensa³⁸. Sin embargo, esta solución produce consecuencias respecto del derecho de propiedad de la vivienda.

Las normativas analizadas establecen medidas frente a viviendas desocupadas, de tal forma que el cumplimiento del principio del artículo 47 de la CE se hace recaer, en gran parte, sobre sus propietarios. Es decir, se permite a los poderes públicos ejercer sus potestades sobre la propiedad privada, por entender que la misma, en los casos de desocupación, no atiende al fin principal, y parece que único, de la función social de la propiedad, cual es la cobertura de las necesidades habitacionales. No reparan en la existencia de fines u objetivos de los propietarios respecto de sus viviendas que no sean su ocupación por sí o la obtención de un beneficio mediante su ocupación por otros. El círculo se estrecha, aún más, en los casos en que la normativa reduce de forma considerable la percepción de ingresos razonables y se posibilita la entrada en la vivienda mediante el pago de cantidades muy por debajo de aquellos. Por ello, es necesario analizar el contenido del derecho de propiedad y su función social. En el caso de la propiedad inmueble, parece que ha llegado la hora de redefinir el alcance de dicha función o, dicho de otro modo, a quién presta su cobertura, dado que la misma debe cumplir un papel de ordenación social con carácter general. Además, es necesario realizar un análisis de la naturaleza jurídica del derecho de propiedad, pues la basculación excesiva hacia una de sus dos facetas podría generar una alteración conceptual que le hiciese perder su utilidad y su fisonomía.

III. EL DERECHO DE PROPIEDAD Y SU FUNCIÓN SOCIAL: CONTENIDO ESENCIAL Y NATURALEZA JURÍDICA

1. EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD

El concepto de propiedad ha sufrido una evolución histórica que ha rebajado su consideración como derecho individual y ha ido potenciando otros aspectos funcionales de su utilidad social. Así, la tradicional propiedad quiritaria romana, que suponía el dominio más absoluto sobre las cosas³⁹,

comportaba el reconocimiento de una serie de facultades omnímodas que permitían disponer de la misma según considerase su titular, incluso su destrucción, como clara manifestación del *ius abutendi*. Se consagraba, así, un derecho de naturaleza exclusivamente individual, que solamente pretendía satisfacer intereses de sus titulares sin consideración alguna del grupo social. Además, debemos recordar que el Derecho Romano, fiel a su vocación pragmática, no creó concepto alguno, sino que únicamente construyó un esquema de facultades que conformaban el señorío absoluto sobre las cosas, en contraposición a otros derechos reales limitados.

La Revolución francesa introdujo en la Filosofía política y del Derecho una concepción que mantenía la naturaleza individualista de este derecho —como corresponde a los postulados de un proceso revolucionario burgués—, sin embargo, ya aceptaba mínimas limitaciones provenientes de la Ley, como defensora de los intereses generales, sobre todo, por las posiciones de izquierda radical⁴⁰. En este sentido, la definición del Código napoleónico recoge, junto a la proclamación del dominio más absoluto sobre la cosa, la mención a las prohibiciones establecidas por las Leyes⁴¹, por cuanto la propiedad tiene su fundamento en la libertad y esta solamente es admisible en el marco de la Ley, no contra ella. Se trata de una concepción que incluye una limitación que todavía es, a su vez, limitada. Así, las limitaciones legales son elementos de carácter negativo ajenos a la propia naturaleza del derecho. De ahí, su interpretación y aplicación restrictivas.

Esta concepción individualista se traducía en el reconocimiento del derecho a toda persona por el mero hecho de serlo en las declaraciones y textos constitucionales, pero ello no suponía, en modo alguno, la titularidad efectiva sobre cosas concretas⁴². Esta posición es consecuencia de las ideas del momento, en el que se pretendía establecer un esquema de equiparación jurídica formal, que no material, de los individuos, con el fin de superar la estratificación jurídico-subjetiva de la etapa anterior. Así, el derecho de propiedad, en esencia, sigue manteniendo un contenido amplio. En esta línea y como texto tributario del Code francés, se manifiesta el artículo 348 del Código civil, al aludir a la posibilidad de usar y disfrutar de las cosas sin más limitaciones que las legales, aun mitigando su radicalidad al eliminar la referencia al carácter absoluto del goce. Se pretende, en fin, superar las vinculaciones y limitaciones establecidas a la propiedad inmueble en el Antiguo régimen, constituyendo así un derecho de soberanía sobre los bienes que permite cualquier uso y la determinación del destino económico del bien⁴³.

Esta concepción hunde sus raíces en el iusnaturalismo y, desde LOCKE hasta HEGEL, constituye una de las principales manifestaciones jurídicas de la libertad individual. Esta libertad del individuo comporta la propiedad sobre sí mismo y de ahí, se evoluciona hacia la libertad de aquel sobre la realidad circundante, lo que conlleva la posibilidad de ejercer el dominio

sobre la misma. Con ello, se evoluciona, en aplicación del individualismo jurídico y las concepciones de SAVIGNY, hacia un concepto de propiedad como derecho subjetivo. Además, dicha concepción proviene de la consideración del ser humano como uno, abstracto e igual, el cual parte de la misma posición que todos los demás para llevar a cabo actos de apropiación y consiguiente adquisición y constitución del derecho de propiedad⁴⁴. Esta concepción se ha mantenido en el pensamiento centroeuropeo hasta nuestros días, al entenderse que la protección de la propiedad permite, a su vez, la defensa del libre desarrollo de la personalidad, pues se proporciona al individuo una herramienta fundamental para organizar su vida en un contexto de libertad. Concepción que, sin embargo, parece no observarse en el pensamiento constitucionalista de nuestro país en los últimos tiempos, al no considerarse vinculadas la propiedad y la libertad⁴⁵.

La presión ejercida, desde mediados del s. XIX por movimientos ideológicos, políticos y sindicales de izquierdas, así como las posiciones defendidas por la Iglesia en su doctrina social⁴⁶, provocó un cambio esencial en la concepción de la propiedad. Así, la supremacía de lo colectivo, a partir de la conciencia de clase, sobre lo individual, propició el fomento de la vertiente social de este derecho y la necesidad de incluir tales ideas en los textos constitucionales⁴⁷. Así, el de propiedad se configura como un derecho que nace y es limitado por la función social y solamente se protege por la Ley en tanto satisface aquella⁴⁸. A tal fin, hasta fechas recientes esta dualidad se había alcanzado mediante el establecimiento de servidumbres legales, de interés público o privado, o de impuestos directos que gravan la propiedad o, al menos, su uso inadecuado para el interés social⁴⁹. Sin embargo, las nuevas normativas van más allá mediante la creación de una concepción dual de la propiedad, conformada por el derecho subjetivo y las funciones del mismo.

2. FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

La anterior concepción social es la que se ha acogido en el artículo 33 de la CE, según el cual: «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...». El concepto de la función social de la propiedad fue analizado y desarrollado por DUGUIT, con ciertos antecedentes en el positivismo de COMTE y en el concepto de solidaridad social de DURKHEIM. DUGUIT pone en cuestión la consideración de derecho subjetivo de la propiedad, de carácter inmanente y anterior al propio Estado. Así, considera que la propiedad debe evolucionar hacia una función social: debe abandonarse la propiedad-especulación y adoptar la propiedad-función⁵⁰, como mecanismo que permite afectar un bien al be-

neficio colectivo y que presupone el reconocimiento a aquellos que poseen riqueza de un deber de generar y aumentar la riqueza general⁵¹. En todo caso, DUGUIT defiende una idea de función social que pretende fortalecer la propiedad privada, al dotarla de un ingrediente que actúa como causa legitimadora del derecho. De hecho, considera que la propiedad privada es la mejor herramienta para la gestión y trabajo de la tierra⁵². En consonancia con estas palabras, parece que la función social vendría a ser un aditamento a la esencia de la propiedad⁵³, cual es la apropiación de bienes para subvenir a las necesidades individuales y familiares. Sea como fuere, DUGUIT rechazó la categoría del derecho subjetivo, fiel a su extrema defensa de la concepción positivista, lo que le empujó a sostener la idea de la propiedad como función social, convirtiendo al propietario en un mero funcionario⁵⁴.

La proclamación de la función social de la propiedad en los textos normativos se observa ya en las Constituciones europeas de principios y mediados del s. XX —Constitución de Weimar, Ley Fundamental de Bonn o Constitución italiana de 1948—, como reacción a la concepción individualista del siglo anterior. Sobre la base del concepto de función social y con la solución adoptada por la CE se supera, también en nuestro país, la concepción liberal del Código civil para abogar por un derecho en el que conviven el derecho subjetivo y, a su vez, las obligaciones que limitan aquel para favorecer el interés social⁵⁵. Además, y lo que es más importante, esta dualidad comporta que el derecho de propiedad es, en sí mismo, un derecho que nace y se ejerce de forma limitada, circunstancia esta que se hace especialmente patente en el caso de la propiedad urbana, dado el fuerte ingrediente social de la vivienda. Con ello, se supera la solución clásica negativa del establecimiento de límites externos a la propiedad, que solamente perseguía aquellos actos del propietario que pretendían causar daño a tercero, para establecer verdaderos límites positivos, que favorecen la consecución de objetivos por la comunidad⁵⁶. Así, la función social constituye un principio político que se manifiesta, sobre todo, en derechos de carácter patrimonial, como la propiedad o la libertad de empresa⁵⁷.

Por otro lado, se ha evolucionado desde la doctrina clásica de los actos de emulación, cuya aplicación requería la concurrencia de un animus o intención de hacer daño con dicho ejercicio, hacia una concepción objetiva del abuso de derecho como ejercicio antisocial del mismo⁵⁸, con lo que se facilita la labor de apreciación de tales límites, al abandonar la decisión a la determinación del legislador o del juzgador, en cada momento y caso, de lo que deba entenderse por antisocial, de tal forma que el establecimiento de los límites se somete a un criterio supuestamente objetivo. Todo ello, ha llevado a afirmar a algunos que la propiedad ha evolucionado, desde su concepción como derecho subjetivo, para convertirse finalmente en una institución jurídica objetiva dotada de una función y limitada por esta⁵⁹.

En consonancia con lo anterior, el derecho de propiedad urbana, ha dejado de formar parte del Derecho Civil clásico y se ha convertido en un derecho de base estatutaria sometido a la normativa de planificación urbanística (STC 164/2001, de 11 de julio de 2001, STC 14/2007, de 18 de enero y STC 141/2014, de 11 de septiembre). Esta evolución, en nuestra opinión, ha dado lugar a resultados excesivos que permiten hablar de la desconfiguración del derecho.

Una manifestación de lo anterior se observa en la deslegalización del derecho, lo que podría plantear problemas en relación con la reserva de Ley del artículo 33 de la CE. El TC ha manifestado que las profundas transformaciones que ha sufrido el derecho de propiedad permiten aceptar la «flexibilización» de esta reserva, lo que facilita una regulación infralegal de su contenido o de las limitaciones al mismo en su vertiente urbana, en aras de su función social. Así, el TC considera que tales regulaciones extralegales son manifestación, no de una deslegalización, sino de una remisión a la potestad reguladora de la Administración, colaboración ineludible cuando se trata de establecer restricciones a la propiedad urbana, la cual está dotada de gran especificidad (STC 112/2006, de 5 de abril, STC 37/1987, de 26 de marzo y STC 170/1989, de 19 de octubre). Sin negar la referida especialidad, no estamos seguros de que dicha colaboración permita abandonar la regulación a normas reglamentarias.

La anterior concepción ha sido ratificada por la jurisprudencia del TC en reiteradas ocasiones. Así, las Sentencias 141/2014, de 11 de septiembre⁶⁰ y 39/1987, de 26 de marzo⁶¹, afirman lo siguiente: «...Utilidad individual y función social definen, por tanto, ineludiblemente el contenido de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes. En definitiva, una doble dimensión de la propiedad privada —como derecho individual e institución—, fruto de una profunda transformación en la concepción dominical y que ha afectado de forma singularmente intensa a la propiedad inmobiliaria». Esta concepción dual implica, continúa señalando el propio TC, que el contenido esencial de la propiedad incluye su función social: «su contenido esencial no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a este subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida, no como mero límite externo a la definición de su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo» (STC 152/2003, de 17 de julio).

En relación con la concepción anterior, el TC ha establecido las diferencias entre la expropiación forzosa, como mecanismo de privación de la propiedad, y la delimitación legal de este derecho. La consecuencia práctica de dicha separación reside en que la primera conlleva el pago de una indemnización, lo que no ocurre cuando se establecen medidas de delimitación. A tal efecto, la STC 112/2006, de 5 de abril⁶² —FJ 10.º— afirma lo

siguiente: «...Esa misma jurisprudencia ha destacado que corresponde al legislador delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes, respetando siempre el contenido esencial del derecho, ... o, lo que es lo mismo, el límite lo encontrará, a efectos de la aplicación del artículo 33.3 CE, en el contenido esencial, esto es, en no sobrepasar «las barreras más allá de las cuales el derecho dominical y las facultades de disponibilidad que supone resulte reconocible en cada momento histórico y en la posibilidad efectiva de realizar el derecho» [STC 170/1989, de 19 de octubre, FJ 8 b)]... A este respecto ha de recordarse también que este Tribunal se ha referido ya en más de una ocasión al concepto de expropiación o privación forzosa que se halla implícito en el artículo 33.3 CE, declarando en esencia, y por lo que aquí interesa, que debe entenderse por tal la privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos por causa justificada de utilidad pública o interés social. De ahí que sea necesario, para que se aplique la garantía del artículo 33.3 CE, que concurre el dato de la privación singular característica de toda expropiación, es decir, la sustracción o ablación de un derecho o interés legítimo impuesto a uno o varios sujetos, siendo distintas de esta privación singular las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido del derecho. Es obvio que la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo... (STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 11)».

La doctrina del TC es clara: expropiación y delimitación legal se diferencian por la percepción de la indemnización, a la vez que la delimitación no puede alterar el contenido del derecho y la expropiación supone la ablación o sustracción del derecho. Respecto de los límites de la delimitación, señala el alto tribunal que el contenido esencial de un derecho está constituido por aquellos elementos que permiten su reconocimiento y en los que reside su utilidad individual. En este sentido, la delimitación del derecho de propiedad no permite la eliminación de la posible utilidad económica que la misma proporcione normalmente a su titular, pues con ello se desdibujaría el derecho. Por otra parte, la expropiación se caracteriza porque sustrae al propietario el derecho o «interés legítimo» y se produce el despojo de la situación jurídica de poder sobre la cosa. Pues bien, medidas como el alquiler social obligatorio, en el que se impone la celebración de tal contrato en favor de personas con necesidades habitacionales y, además, se establece también un precio sensiblemente inferior al umbral mínimo de rentabilidad que pueda justificar y hacer atractiva la inversión en inmuebles; constituye un mecanismo que raya en la finalidad expropiatoria, por cuanto desfigura

el derecho y sus facultades definitorias, priva al propietario de la utilidad individual o, cuando menos, obvia el interés legítimo —término empleado por el propio TC— de su titular. Lo contrario, supondría que la justa compensación por la inversión realizada para cubrir costes y la obtención de una revalorización que compense la inflación no constituyen intereses legítimos.

No estamos seguros de que la interpretación sostenida por el alto tribunal en las sentencias analizadas anteriormente se corresponda con la intención del constituyente ni que la misma se pueda deducir del texto constitucional. Por el contrario, la labor de delimitación consiste en la fijación de límites que, por su propia naturaleza, deberían ser externos al contenido delimitado. No se minimiza con ello la labor del legislador, sino que precisa su cometido y límites. Como se ha afirmado acertadamente, la función social no constituye el contenido esencial de la propiedad, sino que lo define o delimita, marca sus límites a través de la regulación legal⁶³. Precisamente, el contenido esencial de un derecho es, a su vez, el límite que encuentra el legislador en su labor regulatoria, en aplicación del artículo 53.1 de la CE: este «límite de los límites» está constituido por la utilidad económica del derecho para su titular, el cual restringe el juego de la función social.

Por otra parte, se observa en la propiedad una cualidad de plasticidad o adaptabilidad al objeto sobre el que recae, de manera que su conformación depende del bien sobre el que recae. En concreto, la naturaleza mueble o inmueble del bien en cuestión modifica, sobre todo, el alcance de la función social o, dicho de otro modo, esta función tiene distinta significación en función de la cosa que constituye su objeto⁶⁴. Esta circunstancia se observa principalmente en la propiedad urbana, la cual es modulada por medio de la legislación urbanística. Así, desde hace tiempo, tanto el TC como la doctrina en general inciden en la conveniencia de referirse a «las propiedades»⁶⁵, más que a la propiedad. Se ha sostenido, en virtud de esta concepción, que las diferencias existentes respecto de la trascendencia económico-social del objeto de la propiedad hacen que el derecho pierda su carácter unitario y que su construcción se realice desde una visión objetivista, que coloca en el centro del análisis las cosas en sí consideradas, desplazando al individuo de dicho lugar, en detrimento de la ideología liberal⁶⁶. Si bien es innegable que la diversa realidad objetiva incide en la necesidad de arbitrar soluciones jurídicas también adaptadas, sin embargo, esta concepción no debe llevarse al extremo de provocar una alteración conceptual de tal calibre. El derecho subjetivo constituye una situación de poder jurídico que encuentra su centro en la persona a quien se reconoce y que permite su matización por razón de alguna especialidad objetiva. Pero ello dista mucho de la posibilidad de crear diversos derechos y permitir, con ello, que se difuminen sus contornos hasta afectar a su esencia última. Porque, sea cual fuere el objeto, todo propietario persigue la obtención de una utilidad, la cual otorga sentido a este derecho.

Esta última idea concuerda, quizás, con la alteración que el concepto de función social de la propiedad ha sufrido en los últimos tiempos. Se ha señalado que aquella función ha evolucionado, desde su consideración como un conjunto de límites al derecho de propiedad que determinan las facultades del propietario, hasta convertirse en un poder reconocido a la colectividad con el fin de poder decidir respecto de ciertas categorías de bienes, en consonancia con un modelo de democracia participativa⁶⁷. Sin embargo, esta segunda concepción parece estar pensada para justificar la capacidad de decisión sobre los denominados bienes comunes. Pues bien, en palabras de algunos magistrados del TC⁶⁸, «...No se trata de si el Legislador, en aras de la función social de la propiedad y de la protección de otros derechos constitucionales (singularmente los reconocidos en los arts. 39.1 y 47 CE), puede limitar el poder que normalmente el dueño tiene sobre la cosa y, en consecuencia, restringir o anular las facultades de disposición, de uso o de disfrute de los bienes inmobiliarios, sino de otra bien distinta: si al constreñir el derecho de propiedad lo hace de tal manera y con tal intensidad que el contenido esencial del derecho, reducido en último término a la utilidad individual o a su conversión en un equivalente económico, quede amputado y la propiedad inmobiliaria de bienes urbanos se transforme en una peculiar institución jurídica cuya reconocibilidad como propiedad privada, según los rasgos de la institución perfilados por el Derecho Civil, resulte imposible». No podríamos ser más precisos en la argumentación.

3. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE PROPIEDAD

La tensión dialéctica del derecho de propiedad, producida por su dualidad como derecho subjetivo y función social, es innegable y, además, es deseable. El reconocimiento de un derecho subjetivo no puede comportar, ni mucho menos, la exclusión absoluta de posibles efectos benéficos de tales bienes en favor de terceros, por razón de necesidad. Sin embargo, ello tampoco puede llevarse a cabo mediante la superación del propietario por parte de los poderes públicos y la anulación de alguna de las facultades de este derecho. Y en este orden de cosas, debemos analizar la función económica del derecho de propiedad para comprobar si las alteraciones descritas constituyen solamente meras modificaciones o suponen una mutación de su esencia, que lo transforma en otra categoría más debilitada de poder jurídico, como, por ejemplo, el derecho-función o la potestad, instituciones jurídicas con clara vocación de alteridad al tener presente de manera principal los intereses de terceros, imponer su ejercicio obligatorio y perseguir el beneficio de dichos terceros, pasando a un plano secundario los del propietario.

El concepto de potestad forma parte del estudio clásico de las diversas situaciones de poder jurídico, aparte el derecho subjetivo. La potestad constituye una situación de poder que otorga a su titular una serie de facultades en beneficio de personas que son merecedoras de una atención específica. En tales casos, el titular debe ejercerlas en favor de sus destinatarios. Con carácter general, se suelen mencionar, como supuestos de esta situación de poder, las potestades administrativas y, dentro del Derecho Civil, la patria potestad. En ambos casos, las Administraciones públicas y los padres, respectivamente, ejercen un conjunto de facultades que tiene por objetivo dar cobertura a las necesidades de sus destinatarios y procurar su cuidado, seguridad y bienestar. Así, los ciudadanos y los hijos, respectivamente, son receptores de las atenciones, servicios o cuidados de los primeros. Y ello, de forma obligatoria e irrenunciable, según hemos visto. El anterior escenario nos induce a formular dos preguntas: ¿es predicable de un derecho como la propiedad el concepto de potestad? Y ¿carece de legitimidad el titular del derecho de propiedad para ejercer las facultades que comporta en su propio beneficio y sin que ello conlleve la generación de perjuicios a terceros?

La consideración de la propiedad como un derecho subjetivo guarda relación con la cuestión relativa a su legitimidad. Sea la consideración de la propiedad como presupuesto y expresión fundamental de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad —iusnaturalismo— y, por ende, de su inherencia⁶⁹; sea como un derecho sobre las cosas legitimado por el trabajo y, por tanto, resultante de la acción de la propia persona sobre las cosas, mediante la cual proyecta sobre la misma su personalidad —STUART MILL— u otra; lo cierto es que la mayoría de las concepciones filosóficas y políticas legitiman este derecho como manifestación natural de la persona⁷⁰. En consecuencia, se concibe la propiedad como un derecho subjetivo dotado de una serie de facultades para la satisfacción de los intereses del individuo. El condicionamiento que la función social supone para el derecho subjetivo no altera su sustancia, por cuanto, si el interés público perseguido no es el fin en sí mismo del derecho, sino un medio para la realización, también, del interés de su titular; entonces, la función social continúa siendo, como decíamos, un elemento de conformación externo que no desvirtúa la idea del poder jurídico ni lo convierte en un deber⁷¹.

El derecho de propiedad debe, sin duda, incluir un haz de facultades que nutran o alimenten los intereses legítimos de su titular⁷². Si el derecho de propiedad no proporciona una utilidad económica, por limitada que esta sea, suficiente al propietario que le permita compensar los costes de su adquisición y mantenimiento, junto con un beneficio que aporte al mismo los medios también suficientes para vivir, entonces este derecho carece de sentido y pierde su razón de ser porque se convierte, más bien, en un obstáculo para lograr tal propósito y lo hace difícilmente soportable. Como el

propio TC ha reconocido, según vimos, forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad la obtención de una utilidad económica. Además, también el Tribunal Supremo ha primado la consideración del derecho de propiedad como derecho subjetivo. Así, en la STS de 21 de febrero de 1981 se afirma lo siguiente: «por mucho que se enfatice sobre la mutación sufrida por el derecho de propiedad ...no puede llegar al extremo de reducirlo a un derecho inerte, totalmente sometido a cuantas prohibiciones tengan a bien adoptar las distintas autoridades administrativas ...no puede llegar a estos extremos porque la propiedad del particular sigue siendo algo más que una simple función pública o social, puesto que conserva su núcleo primario de derecho subjetivo, uno de los principales de los que integran la constelación de derechos de la personalidad, amparado en la cobertura legal que proporciona el Código civil (arts. 348, 349 y 350) y la propia Constitución española (art. 33)».

Pues bien, la función social no puede alterar por completo la naturaleza de la propiedad, por cuanto el núcleo del derecho está compuesto por las facultades que posibilitan dicha utilidad, no por aquella. Según el TC, si el establecimiento de nuevas limitaciones supone el desconocimiento de su contenido esencial, estaríamos ante una privación o supresión del derecho de propiedad⁷³. Como se ha señalado, la consideración de la dualidad existente en el derecho de propiedad obliga a plantearse los límites, no solo del derecho subjetivo, sino también de la función social, que es, no se olvide, no un límite más, sino el presupuesto legitimador o la razón de ser de los límites establecidos. Así, la dualidad de poder jurídico y su instrumentalización por la función que lo justifica reconduce, de nuevo, la cuestión a la consideración de la función social, expresión de solidaridad, como criterio funcional que rodea el señorío, núcleo de la propiedad, pero que, en ningún caso, altera su esencia⁷⁴. Así, la función social de la propiedad conforma y forma parte del contenido, según ha afirmado el TC, pero de ello no se puede deducir que tal función se incruste en el núcleo del derecho. Dicho de otro modo: la función social de la propiedad no puede justificar la adopción de medidas que eliminen la utilidad económica, por cuanto esta es la razón última por la que la persona se convierte en propietario. Por ello, este límite no convierte al derecho de propiedad en un derecho-función, por más que se haya pretendido aludir a su vertiente institucional como indicio de su evolución.

La configuración de la propiedad como derecho-función parece haber cristalizado en diversos textos constitucionales del s. XX mediante la consagración de su función social. Así, el artículo 153 de la Constitución de Weimar, después de garantizar este derecho, declaraba lo siguiente: «La propiedad obliga. Su ejercicio debe ser al mismo tiempo un servicio prestado al bien común». En parecido sentido, la Constitución italiana de 1948, en su artículo 42 establece que «La propiedad privada es reconocida y garan-

tizada por la Ley, que determina los modos de adquisición, de goce y los límites con la finalidad de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos». Por su parte, el artículo 14 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 establece lo siguiente: «1. Se garantizan la propiedad privada y el derecho de la herencia. 2. La propiedad obliga. Su utilización debe servir simultáneamente al bien de la comunidad».

Como se puede comprobar, estos preceptos prescriben obligaciones para con el bien común o determinan el goce y límites de la propiedad en aras de la función social, respectivamente. Se trata de tres antecedentes que condicionan, indudablemente, los posteriores textos constitucionales, entre ellos, el artículo 33 de la CE. Sin embargo, dicho precepto no se expresa de manera tan enérgica y taxativa como lo hacen los anteriores, pues no parecen asimilables términos como la obligación o la posibilidad de determinar el derecho a su delimitación. En este sentido, un elemental criterio hermenéutico, tanto gramatical como lógico e histórico, nos conduce a la conclusión de que nuestros constituyentes no deseaban alcanzar unas cotas de socialización del derecho tan elevadas como las recogidas en los textos alemán e italiano. Esta concepción del derecho-función supone un incremento, desconocido hasta la fecha, del grado de intervención normativa en el derecho de propiedad, lo que conlleva la aparición de costes transaccionales que pueden dificultar o impedir que las personas decidan hacerse propietarias. Desde la óptica del análisis económico del Derecho, este supuesto encajaría en el teorema de COASE, según el cual es necesario diseñar la norma de manera que la misma no impida posibles acuerdos entre partes y decisiones individuales que posibiliten la eliminación de costes de transacción⁷⁵ y, con ello, se evite el carácter disuasorio de los mismos respecto de la adquisición y tenencia de bienes en propiedad. No se puede negar que existen factores intangibles, como la equidad o la justicia social, que pueden introducir correcciones a la pura aplicación del teorema. Pero ello no puede suponer la imposición de unos costes tales que supriman el beneficio económico del propietario.

La función social constituye un criterio de política legislativa que impone al legislador un mandato para que los poderes públicos arbitren las medidas necesarias con el fin de alcanzar el objetivo de que todas las personas tengan techo y habitación. Como tal mandato, no puede el mismo servir para vulnerar la garantía constitucional del derecho de propiedad, dado que antes de prever la limitación del derecho mediante la función social, la CE consagra la propiedad en sí misma⁷⁶. En este sentido, las políticas públicas de vivienda pueden y deben proporcionar a todos una vivienda digna y adecuada, pero ello no se puede hacer mediante el esfuerzo desorbitado de los propietarios más allá de lo tolerable. Estas políticas públicas exigen, principalmente, el empleo de recursos igualmente públicos para la implantación de los modelos y la gestión de los procedimientos de planeamiento

urbanístico, sin que ello suponga una erosión del derecho subjetivo, que le privaría, como decíamos, de su razón de ser. Ello incide en la necesidad de adoptar medidas de fomento, abandonando las ineficaces medidas coactivas⁷⁷. El vaciamiento del derecho de propiedad se había llevado a cabo con anterioridad por la normativa urbanística, al entender que el planeamiento determina el posible destino del suelo y pasa por encima de su titularidad, aun a riesgo de convertir este derecho en una titularidad fiduciaria o potestad en beneficio exclusivo de terceros, así como al propietario en un mero agente urbanístico⁷⁸. Sin embargo, ahora se da una vuelta más de tuerca y se constriñe el derecho que recae sobre el inmueble ya construido, eliminando el juego del derecho subjetivo sobre este en su práctica totalidad.

En relación con la utilidad económica y el contenido del derecho de propiedad inmueble, consideramos que, de la misma forma que las concepciones actuales aceptan la diversificación de propiedades —hasta el punto de crear o constituir derechos con naturalezas diferentes— según el objeto de las mismas, también parece que sería conveniente tener en cuenta la realidad económica de cada país y su contexto sociológico para elaborar una normativa adecuada sobre la propiedad y la vivienda. Así, la consideración de la propiedad inmueble como la base de la fortuna personal, originaria de épocas históricas anteriores, en las que las tierras rústicas eran el grueso del patrimonio de los estamentos o clases sociales elevadas, se mantiene hoy día mediante la amplificación del número de propietarios, ahora de propiedades urbanas. Así, las clases medias urbanas continúan incrementando su patrimonio mediante la adquisición de inmuebles en las ciudades, como forma de capitalizarse y de procurar un colchón a sí mismos y a sus descendientes. En este sentido, se observa una clara disfunción entre la realidad económica y su prescripción normativa, entre las conductas de los individuos y la concepción jurídica de la propiedad, al menos, en lo que se refiere a las normativas sobre vivienda. La posibilidad de adquirir inmuebles como instrumento de ahorro no encaja, como contrapartida, con la imposición por la Ley de mecanismos de limitación excesivos de la propiedad inmueble. Por supuesto, no negamos la vocación pedagógica de la norma, pero ello requiere la adopción de medidas que modifique la realidad de las cosas, no que la obvie: si se desea alterar este estado de cosas, el legislador debería adoptar las condiciones necesarias para que los propietarios cambien su mentalidad y modos, no regular a costa de los mismos y prescindiendo de lo que ha sido un comportamiento legal y socialmente aceptado e, incluso, promovido.

La finalidad de ahorro o capitalización de los inmuebles para las clases medias continúa siendo una constante de su comportamiento económico, pues la experiencia demuestra que, al menos hasta el presente, los inmuebles mantienen su concepción, por la mayoría de los ciudadanos, como activo

con rentabilidades aceptables. Pues bien, sobre la base de esta circunstancia sociológica, una mínima lógica obliga a preguntarnos si la generalización de este «uso financiero» de los inmuebles no permite afirmar que el mismo forma parte de las posibles facultades de la propiedad de estos bienes y, por tanto, del contenido esencial de este derecho. En modo alguno, el derecho de uso de la propiedad debe limitarse necesariamente a utilidades puramente materiales o de empleo directo del objeto. Ninguna lectura que no sea sesgada permite eliminar la obtención de un beneficio económico de los posibles usos de la cosa objeto de dominio, máxime cuando su rentabilidad es palmaria.

Incluso, más allá de lo anterior, deberíamos preguntarnos si la finalidad financiera, buscada por parte de amplias capas de población sin un elevado nivel económico, no debe considerarse, también, como elemento integrante de la función social de la propiedad. Hasta ahora, esta función se ha dirigido a satisfacer necesidades primarias de habitación, objetivo este que, por supuesto, debe ser atendido por los poderes públicos. Pero ello no puede constituir una justificación para obviar que el bien común, como exponente del beneficio para la colectividad, también debe tener en cuenta los intereses de grupos de población amplios, como es la clase media de este país, la cual produce la mayoría de su riqueza y tiene derecho, por ello, a la justa compensación por su trabajo y esfuerzo. La clase media es la gran clase española y merece que sus patrimonios sean tratados de manera que se permita el disfrute de sus rendimientos. Dado su volumen y el efecto benéfico para la colectividad, el ahorro de estas personas y familias también debería incorporarse al concepto de función social de la propiedad. En la actualidad, la potente clase media sustenta gran parte de la actividad económica y la productividad y la enorme incidencia en la economía nacional de sus decisiones patrimoniales de adquisición de inmuebles y de ahorro recomiendan esta solución. Pues bien, medidas como los alquileres obligatorios, las sanciones por desocupación o las expropiaciones implican unos sobrecostos que, en muchos casos, son inasumibles para propietarios de clase media con unos rendimientos y una capacidad económica no precisamente muy elevada. En ese sentido, las políticas urbanísticas y aquellas que imponen límites a la propiedad pueden resultar positivas, siempre que no produzcan el efecto de depauperación antes mencionado.

En relación con lo anterior, podría considerarse que, de la misma forma que las personas físicas y las familias llevan a cabo operaciones sobre bienes inmuebles con finalidad económica y financiera, las entidades financieras, inmobiliarias y sociedades de gestión de activos realizan también tales operaciones, de tal forma que la admisión de las primeras resultaría contradictoria con el rechazo de las segundas. Sin embargo, no debemos olvidar que gran parte de la actividad de tales entidades posee un marcado fin especulativo

y, en muchos casos, de ahorro fiscal. Además, debemos recordar que no todas las CCAA establecen, con carácter exclusivo, medidas restrictivas para las personas jurídicas. Por el contrario, Cataluña o la Comunidad Valenciana también incluyen entre los grandes tenedores a personas físicas con un número mínimo de inmuebles —15 y 10, respectivamente—. Aunque la propiedad de tal número de activos conlleva, necesariamente, que su titular no requiere de todos ellos para satisfacer sus necesidades habitacionales, tampoco debemos olvidar los fines legítimos de ahorro. Se trata, por tanto, de una decisión basada en una concepción ideológica, que condena la acumulación de activos y de capital como forma de tal ahorro. Sería interesante que el TC se pronunciase al respecto en alguna ocasión, a juzgar por el razonamiento empleado en algunas sentencias —por ejemplo, la relativa a la normativa autonómica navarra—, en el que se contraponen los fines de las personas jurídicas titulares de inmuebles a los de las personas físicas. Parece que, en este caso, podríamos imaginar su posición.

Por ello, se requiere una apuesta decidida de los poderes públicos por una oferta de vivienda adecuada a las posibilidades económicas reales de la población, por una parte, y a la creación de los presupuestos necesarios para atraer la inversión económica de las personas físicas y familias a otros activos tan rentables como hasta ahora han sido los inmuebles, por otra. Solamente así, se conseguirá desviar el flujo de capital hacia estos últimos y evitar la evolución inflacionaria de los precios y, con ello, las dificultades de adquisición de una vivienda y las burbujas inmobiliarias. En concreto, es necesario crear las condiciones necesarias para fomentar una inversión que genere tejido productivo.

En otro orden de cosas, debemos también hacer hincapié en el posible exceso que ha supuesto la evolución conceptual del derecho de propiedad, aquí descrita. Una de las manifestaciones de esta tendencia excesiva ha sido el intento de crear *ex novo* un derecho subjetivo de los ciudadanos con necesidades habitacionales a reclamar a los poderes públicos una vivienda. El TC ha declarado inconstitucional el precepto de la Ley valenciana relativo a tal derecho, por lo que, de presente, no parece plantearse tal opción. Sin embargo, es posible que, ante el contexto político actual, esta pretensión no vaya a ser abandonada u olvidada. En tal caso y con carácter preventivo, debemos señalar que esta solución conculca las bases fundamentales y la esencia del derecho de propiedad, puesto que, junto al derecho subjetivo clásico de su titular, se erigiría ahora otro derecho subjetivo, supuestamente dotado de la legitimidad proveniente de una decisión política basada en una concepción ideológica, que presupone la ausencia de ética en el normal ejercicio del derecho de propiedad. Se terminaría, así, el proceso de su demolición, superando, con ello, la evolución que sufre toda institución jurídica, al aparecer junto al mismo otro derecho sobre los mismos bienes

de personas que no son propietarias porque no han llevado a cabo los actos ni procedimientos legitimadores de su adquisición. La necesidad justifica plenamente la ayuda de los poderes públicos, pero en ningún caso la sustracción de los derechos individuales, tan legítimos como los objetivos de tal ayuda, mediante la socialización, en este caso, de la propiedad.

IV. CONCLUSIONES

I. La concepción dual del contenido del derecho de propiedad dista mucho de ser pacífica. Como se ha podido comprobar, no faltan autores que rechazan esta solución, por entender que la función social no forma parte de dicho contenido, sino que, fiel a su naturaleza, es, más bien, un límite del derecho subjetivo o, como se ha dicho, la razón de ser de tales límites. Aun su evolución histórica, el derecho de propiedad no deja de ser un derecho subjetivo. Nadie duda de la existencia de límites, que, por la naturaleza de las cosas, existen para frenar las facultades y posibilidades de actuación del titular. Sin embargo, tales límites no pueden desnaturalizar el propio derecho, cuyo contenido pretenden definir, mediante su consideración como un derecho-función. Su consideración simultánea como derecho subjetivo y como potestad o derecho-función no es posible por falta de mínima lógica. Una situación de poder jurídico no se puede concebir, a la vez, como conjunto de facultades ejercitables para beneficio propio y como facultades con el exclusivo objeto de favorecer a los terceros. No se puede considerar el derecho de propiedad como potestad: no se otorga a su titular una función de interés público, sino un conjunto de facultades en el suyo propio. Así se deduce del tratamiento que la CE da a este derecho, de la terminología empleada y su ubicación entre los derechos de los ciudadanos, lejos de los objetivos de política económica o de los principios rectores de la política social y económica⁷⁹.

II. El TC ha manifestado de forma reiterada que las regulaciones autonómicas adoptaban medidas que no suponían afección alguna al contenido del derecho de propiedad. Para ello, se apoyaba en dos razones: primero, tales medidas son manifestación de la función social y esta es parte del contenido; segundo, estas medidas no afectaban al núcleo del derecho, su utilidad. Ya de por sí, este doble razonamiento comporta cierta contradicción: si, en efecto, las medidas son parte integrante del contenido, estarían en pie de igualdad con las facultades que permiten obtener la utilidad, por lo que ya no sería necesaria la justificación de no afección a la misma. Sin embargo, el intérprete tiene la necesidad de argumentar al respecto, lo que demuestra que, no obstante, esta pretensión de dualidad, los límites, necesariamente, son un elemento externo a la esencia. Una cosa es el qué y otra

el hasta dónde. Sobre la base de lo anterior, es necesario preguntarnos si las medidas adoptadas por estas normativas son excesivas o no en relación con la posible alteración sustancial del derecho, hasta el punto de provocar la total pérdida de su razón de ser.

III. El derecho de propiedad debe responder, por lógica, a una utilidad, expresión que se podría traducir en la posibilidad de ejercer facultades que proporcionen un beneficio o efecto positivo a su titular, el cual puede ser muy variado, con independencia de la naturaleza del bien en cuestión. Así, estos beneficios pueden ser los que se derivan de su uso primario u otros que provengan de actos que, en principio, no parecen corresponderse con su naturaleza. En este sentido, es obvio que un bien cualquiera puede producir un beneficio legítimo derivado de su explotación económica. Indudablemente, la necesidad básica de vivienda y la evolución alcista sostenida de los precios de la misma hace que sean necesarias medidas que eviten efectos no deseados. Sin embargo, la racionalización del mercado inmobiliario no justifica, en modo alguno, la adopción de medidas que proscriben facultades e, incluso, suponen una privación de la propiedad.

IV. Las medidas contra la desocupación de las viviendas adolecen de una preocupante falta de precisión y regulan esta cuestión de forma generalista, sin precisar razones concretas que las justifiquen. La desocupación puede legitimar medidas que permitan revertir tal situación. Pero, en modo alguno se justifican sanciones, cánones extrafiscales —como, por ejemplo, establece la Ley 2/2017, de 17 de febrero, de emergencia social de la vivienda de Extremadura⁸⁰— y no digamos soluciones expropiatorias. Por su parte, los alquileres sociales obligatorios suponen una medida cuasi-expropiatoria, que impone la pérdida del uso efectivo y, además, establece una renta muy limitada que da al traste con la utilidad económica mínima que haga viable su adquisición y mantenimiento.

V. Como ya hemos señalado, los inmuebles siguen constituyendo la parte principal en la composición de los patrimonios de la clase media y, por ello, constituyen un activo de consideración para la economía nacional. Este comportamiento económico es perfectamente legítimo, hasta el punto de poder ser considerado, dada su generalidad y racionalidad en relación con la lógica de nuestra economía, parte integrante de la utilidad esperada del derecho de propiedad y de sus facultades. Pues bien, no puede haber ahorro personal o familiar si se impone un gravamen sobre la propiedad como es una renta limitada o si se prevé la posibilidad de expropiar el uso o, incluso, el dominio.

VI. En la actualidad, el derecho de propiedad —habrá observado el lector que hemos empleado siempre esta terminología, con el fin de remarcar tal concepción— está siendo objeto de afecciones, limitaciones y, por qué no decirlo, ataques que, en aras de la consecución de supuestos bene-

ficios para la colectividad, están desdibujando su fisonomía hasta el punto de poner en riesgo su razón de ser. Si el derecho de propiedad no garantiza la obtención de una utilidad satisfactoria a su titular, entonces pierde su interés y su justificación⁸¹. Tal conclusión es muy peligrosa, porque pone en riesgo uno de los presupuestos básicos del ser humano, que tiene en la apropiación de las cosas y en su uso excluyente uno de los fundamentos para el desarrollo y la proyección de su personalidad, así como también el equilibrio colectivo, por cuanto la propiedad se sitúa en la base de la actividad económica como presupuesto de la riqueza personal. El objetivo de proporcionar habitación y techo a las personas no se puede conseguir a costa de muchos ciudadanos que emplean la propiedad inmueble como legítima herramienta de ahorro o capitalización. Ni la propiedad es un robo ni quien así lo considere está legitimado para actuar en tal sentido contra la misma⁸². Adóptense políticas de fomento de la vivienda, pero deben desecharse soluciones que dan al traste con uno de los pilares básicos de la civilización.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STC 43/2018, de 26 de abril
- STC 8/2019, de 17 de enero
- STC 93/2015, de 14 de mayo
- STC 32/2018, de 12 de abril
- STC 16/2018, de 22 de febrero de 2018
- STC 80/2018, de 5 de julio
- STC 89/1994, de 17 de marzo
- STC 222/1992, de 11 de diciembre
- STC 141/2014, de 11 de septiembre
- STC 39/1987, de 26 de marzo
- STC 152/2003, de 17 de julio
- STC 112/2006, de 5 de abril
- STC 227/1988, de 29 de noviembre
- STC 1989/1994, 17 de marzo
- STS de 21 de febrero de 1981

VI. BIBLIOGRAFÍA

AGOUÉS MENDIZÁBAL, C., La función social de los derechos, en especial, el derecho de propiedad, en *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, 1.ª edición, ed. La Ley, Madrid, 2010.

- AGUILAR GONZÁLEZ, J.M., El análisis económico del derecho de propiedad: una aproximación, en *Anuario jurídico y económico Escorialense*, XLII, Real Centro Universitario Escorial-María Cristina, 2009.
- BARNES VÁZQUEZ, J., La propiedad privada en la Constitución Española de 1978 (LA LEY 2500/1978), en *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho Europeo y Comparado*, (Coord. Javier Barnes), ed. Tecnos, Madrid, 1996.
- BELHADJ BEN GÓMEZ, C., Precario y ocupación ilegal de viviendas, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2019, parte Estudios, ed. Aranzadi, SAU, Cizur Menor, 2019.
- BOIX PALOP, A., La Ley valenciana 2/2017 por la función social de la vivienda tras el control de constitucionalidad operado por la STC 80/2018, en *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 44/2020, parte Jurisprudencia, ed. Aranzadi, SAU, Cizur Menor. 2020.
- CALVO VÉRGEZ, J., El impuesto catalán sobre los activos no productivos de las personas jurídicas y su declaración de constitucionalidad, en *Revista Quincena Fiscal*, núm. 1/2020, Estudios, ed. Aranzadi, SAU, Cizur Menor, 2020.
- CARAZA CRISTÍN, M.M., Reflexiones sobre la legalidad y oportunidad del Decreto Ley andaluz 6/2013, de 9 de abril, de medidas para el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda, en *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, núm. 85, 2012.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil, español, común y foral*, Tomo segundo: Derecho de cosas, vol. I, 13.^a edición, ed. Reus, Madrid, 1987.
- CHICO Y ORTIZ, J.M., La Propiedad urbanística y el Registro de la Propiedad, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 602, año LXVII, enero-febrero.
- COLINA GAREA, R., *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*, ed. Bosch, Barcelona. 1997.
- CORDERO QUINZACARA, E., De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. XXXI, 2.º semestre, Estudios - Historia del pensamiento jurídico Valparaíso, Chile, 2008.
- DE LOS MOZOS, J.L., Retorno a la «galaxia» de la función social de la propiedad, de la función social de la propiedad, en *El sistema económico en la Constitución española*, vol. 1, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1994.
- FUENTES-LOJO RIUS, A., Novedades legales en derecho de vivienda en Cataluña: primeras aproximaciones al Decreto Ley 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda, en *Diario La Ley*, núm. 9573, Sec. Tribuna, 13 de febrero de 2020, ed. Wolters Kluwer.
- GÁLVEZ DOMÍNGUEZ, D.A. y otros. Derecho a la vivienda y su función social: análisis general de la situación, antecedentes y posibles, situaciones para preservar la función social de la vivienda, en *Estudios jurídicos sobre vivienda y desahucios*, (*Estudios jurídicos sobre vivienda y desahucios*, (Coord. F.J. Arellano Gómez y M.J. Díaz Gómez), Consejería de Fomento y Vivienda de la Junta de Andalucía, Sevilla, 2015).
- GARCÍA NOVOA, C., Tratamiento fiscal de la vivienda y derecho de usufructo en el IRPF, en *RDFHP*, núm. 230, 1994.

- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley del Suelo. Texto Refundido de 1992*, ed. Civitas, Madrid, 1993.
- HEGEL, G.W.F., *Principios de Filosofía del Derecho*, Edhasa, Barcelona, 1988.
- LASALLE, F., *¿Qué es una Constitución? (Conferencia pronunciada ante una agrupación ciudadana de Berlín, en abril de 1862)*.
- LÓPEZ y LÓPEZ, A., El derecho de propiedad. Una *relectio*, en *Anuario de Derecho Civil*, núm. 51, octubre-diciembre de 1998, 4., Ministerio de Justicia, Madrid.
- MARÍN GARCÍA, I. y MILÁ RAFEL, R., El alquiler forzoso de la vivienda desocupada. La expropiación temporal del usufructo del artículo 42 del Projecte de Llei de Dret a l'Habitatge de Catalunya, de 12 de diciembre de 2006, en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, 2/2007, Barcelona.
- MARTÍN VALDIVIA, S.M., Derecho de propiedad y política de vivienda: límites constitucionales (Comentario a la STC de 14 de mayo de 2015), en *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm.34/2015, parte Comentarios, ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2015.
- MEDINA GUERRERO, M., La tramitación parlamentaria del Decreto Ley 6/2013, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, núm. 85, 2013.
- MONTÉS i PENADÉS, V.L., *La propiedad privada en el sistema de derecho civil contemporáneo*, ed. Civitas, Madrid, 1980.
- PASQUALE, M.F., La función social de la propiedad en la obra de León Duguit: una re-lectura desde la perspectiva historiográfica, en *Historia Constitucional*, núm. 15, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014. Se puede encontrar este artículo en <http://www.historiaconstitucional.com>
- PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III, vol. I, ed. Bosch, Barcelona, 1978.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, F., La función social de la vivienda y la protección de los consumidores, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 44, parte Doctrina, ed. Aranzadi, Cizur Menor. 2017.
- ROBESPIERRE, M., *Libertad-Igualdad-Fraternidad*, cap. III, Errepar, Buenos Aires, 2000.
- RODOTÁ, S., Hacia los bienes comunes. Soberanía y propiedad en el siglo XXI, en *Tracés, revue de sciences humaines*, núm. 6/2016, ENS Éditions, Lyon. <http://journals.openedition.org/traces/6632>.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., Artículo 33 CE: Derecho a la propiedad privada y a la herencia, en *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, (dirs. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Casas Baamonde, M.E.), Fundación Wolters Kluwer-BOE, Madrid, 2018.
- ROUSIÑOL, S., *Pájaros de barro*, ed. Erasmus, Barcelona, 2012.
- RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho Civil*, tomo I, ed. Reus, Madrid, 1944.
- RUIZ GARIJO, M., Derecho a una vivienda e impuestos autonómicos sobre viviendas vacías en España. Una perspectiva constitucional, en *Crónica tributaria*, núm. 161, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2016.
- RUIZ-NAVARRO, J.L., SIEIRA, S. y RASTROLLO, A., *Sinopsis de artículo 33 de la CE*, en <https://app.congreso.es/>

- TORNOS MAS, J., El acceso a la vivienda y la nueva función social del derecho de propiedad, en *Revista Vasca de Administración Pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, núm. especial 99-100, mayo-diciembre, 2014.
- VATTIER FUENZALIDA, C., Propiedad privada y régimen del suelo, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 613, año LXVIII, noviembre-diciembre.
- WOLFF, M., Derecho de cosas, vol. I, en ENNECERUS, L., KIPP, T; y WOLFF, M., *Tratado de Derecho Civil*, ed. Bosch, Barcelona, 1971.

NOTAS

¹ Así, en Francia se han establecido impuestos a las viviendas desocupadas, la posibilidad de la expropiación de su uso o la requisa de inmuebles que son titularidad de personas jurídicas. Por su parte, en Inglaterra y Gales establecen la expropiación temporal del usufructo, bajo ciertas condiciones relativas al tipo y duración del arrendamiento y la colaboración en la mejora del inmueble por parte del arrendatario, entre otras. *Vid. MARÍN GARCÍA, I. y MILÁ RAFEL, R.: El alquiler forzoso de la vivienda desocupada. La expropiación temporal del usufructo del artículo 42 del Projecte de Llei de Dret a l'Habitatge de Catalunya, de 12 de diciembre de 2006, en Indret, Revista para el análisis del Derecho, 2/2007, Barcelona, 19 y sigs.*

² Otras CCAA, como Canarias, el País Vasco o Extremadura, han establecido medidas respecto de las viviendas desocupadas. En concreto, la Ley 2/2017, de 17 de febrero, de emergencia social de la vivienda de Extremadura, establece una serie de medidas, las cuales, no obstante, poseen un objetivo más modesto que otras normativas o, al menos, más respetuoso con la propiedad de las clases medias, por cuanto su ámbito de aplicación se remite a «... la vivienda deshabitada de primera residencia en manos de entidades financieras, con la pretensión de garantizar la verdadera función social de la vivienda, cuyo destino principal no es otro que el de servir de marco para el desarrollo de la vida personal y familiar de las personas y ser garantía de su intimidad, sin que, en ningún caso, entre esas funciones de la propiedad de las viviendas se incluya con carácter primario el derecho a especular con un bien tan esencial para el desarrollo de la dignidad de las personas, de los derechos inviolables que les son inherentes y del desarrollo de su personalidad que, de conformidad con el artículo 10.1.º de la Constitución, son fundamentos del orden político y de la paz social». De lo anterior, se deduce que esta norma se aplica a las entidades financieras como grandes tenedoras de vivienda, dejando fuera de su ámbito objetivo la propiedad de viviendas de personas físicas. En segundo lugar, la norma excluye de las facultades primarias del derecho de propiedad la especulación, entendiendo por tal cualquier acción que no tiene por objetivo satisfacer la necesidad de habitación de su titular. Se trata de una solución un tanto contradictoria desde una óptica puramente conceptual, dado que la misma no es aplicable a personas físicas, las cuales se capitalizan, normalmente, mediante la adquisición de viviendas. Sin embargo, el legislador extremeño se expresa en los siguientes términos: «...La efectiva realización de la función social de la vivienda no permite en ningún caso la especulación inmobiliaria. Ha sido en el seno de las corporaciones, y no en el mero patrimonio de las personas físicas, donde se han generado actuaciones que han distorsionado el mercado inmobiliario y afectado directamente al precio de la vivienda». La STC 106/2018, de 4 de octubre de 2018, ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Presidencia del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley 2/2017, de 17 de febrero, de emergencia social de la vivienda de Extremadura: los artículos 1.1, párrafos 3, 4, 12 y 14, así como el artículo 2 y la disposición transitoria primera de esta última. En dicha resolución se

han esgrimido argumentos similares a los que veremos en otras sentencias, por lo que nos remitimos a su análisis posterior.

³ Además de las sentencias a las normativas catalana y valenciana, el TC ha resuelto recursos sobre la materia en la STC 16/2018 (Ley Foral navarra 24/2013), STC 32/2018 (la Ley 4/2013 andaluza); y STC 43/2018 (Ley 2/2014, de la Comunidad canaria), o STC 93/2015 (Decreto-ley andaluz 6/2013 y la ya mencionada Ley 4/2013). Alguna de estas resoluciones del alto tribunal serán analizadas a continuación.

⁴ MARÍN GARCÍA, I. y MILÀ RAFEL, R.: *op. cit.*, 30.

⁵ BOE núm. 71, de 17 de marzo de 2020.

⁶ Ello resulta contradictorio con la posibilidad de que el propietario pueda perseguir penalmente, por delito de usurpación, o civilmente, mediante el procedimiento del artículo 41 de la LH o de desahucio por precario, al ocupante ilegal. *Vid.* BELHADJ BEN GÓMEZ, C.: Precario y ocupación ilegal de viviendas, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm.1/2019, parte Estudios, ed. Aranzadi, SAU, Cizur Menor, 2019.

⁷ Este supuesto de expiración de plazo pretende eludir el fraude consistente en que el gran tenedor espere a la terminación del contrato para demandar con el fin de eludir el alquiler social. FUENTES-LOJO RIUS, A.: Novedades legales en derecho de vivienda en Cataluña: primeras aproximaciones al Decreto Ley 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda, en *Diario La Ley*, núm. 9573, Sec. Tribuna, 13 de febrero de 2020, ed. Wolters Kluwer, 3. Con ello, se logra un efecto similar a la prórroga forzosa más allá de los plazos legales iniciales, por razón de necesidad habitacional.

⁸ Existe un gran consenso doctrinal al respecto, amparándose en una interpretación sistemática de la Ley, más allá del propio artículo 5.2 de la Ley 24/2015 y su sentido estricto, aunque algunos pronunciamientos judiciales han manifestado lo contrario. FUENTES-LOJO RIUS, A.: *op. cit.*, 5-8.

⁹ Traemos aquí las siguientes palabras de FUENTES-LOJO, en las que se habla literalmente de «expansión» de la función social de la propiedad: «*En cuanto al fondo, nótese que algunas de las medidas legales aprobadas por el Gobierno catalán presentan serias dudas de constitucionalidad. Se expande la función social del derecho de propiedad privada hasta deformar nuestra concepción de la posesión y afectar el núcleo esencial del derecho de propiedad, lo cual constituye a mi juicio, una extralimitación en el derecho de propiedad (art. 33 de la Constitución)*». FUENTES-LOJO RIUS, A.: *op. cit.*, 13.

¹⁰ BOE núm. 39, de 14 de febrero de 2019. Recurso de inconstitucionalidad 4752-2017.

¹¹ En el FJ 2.^a de la sentencia se lee lo siguiente: «*El contenido de los apartados 3, 4 y 5 del artículo 17 es, en efecto, similar al de la disposición adicional segunda del Decreto-ley de Andalucía 6/2013, declarada inconstitucional y nula por la STC 93/2015. Han corrido la misma suerte otras previsiones autonómicas que regulaban, también en parecidos términos, la expropiación temporal de uso de viviendas incursas en procedimientos de desahucio: las disposiciones adicionales décima, apartados primero y segundo, de la Ley foral 10/2010 (añadida por la Ley foral 24/2013), primera de la Ley andaluza 4/2013 y cuarta de la Ley canaria 2/2014, el artículo 13 de la Ley valenciana 2/2017, los artículos 9.4, 74 y 75.3 de la Ley vasca 3/2015 y el artículo 2 y la disposición transitoria primera de la Ley extremeña 2/2017 declarados inconstitucionales y nulos por, respectivamente, las SSTC 16/2018, FFJJ 12; 13; 32/2018, FJ 5; 43/2018, FJ 4; 80/2018, FJ 3; 97/2018, FJ 5, y 106/2018, FJ 2 c)*».

¹² Sobre esta norma, se pueden encontrar diversas referencias bibliográficas. En otras, CARAZA CRISTÍN, M.M.: Reflexiones sobre la legalidad y oportunidad del Decreto Ley andaluz 6/2013, de 9 de abril, de medidas para el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda, en *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, núm. 85, 2012, 307-320; MEDINA GUERRERO, M., La tramitación parlamentaria del Decreto Ley 6/2013, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, núm. 85, 2013, 307-320. En apoyo de la misma, GÁLVEZ DOMÍNGUEZ, D.A. y otros:

Derecho a la vivienda y su función social: análisis general de la situación, antecedentes y posibles, situaciones para preservar la función social de la vivienda, en *Estudios jurídicos sobre vivienda y desahucios*, (*Estudios jurídicos sobre vivienda y desahucios*, (Coord. F.J. Arellano Gómez y M.J. Díaz Gómez), Consejería de Fomento y Vivienda de la Junta de Andalucía, Sevilla, 2015, 381-430.

¹³ Recurso de inconstitucionalidad núm. 7357-2013, contra el artículo 1, por el que se da nueva redacción al artículo 1.3 y se introducen los artículos 25 y 53.1.a) en la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía, y disposición adicional primera de la Ley 4/2013, de 1 de octubre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda.

¹⁴ Recurso de inconstitucionalidad 4286-2013 interpuesto por el presidente del Gobierno. BOE núm. 146, de 19 de junio de 2015.

¹⁵ MARTÍN VALDIVIA, S.M.: Derecho de propiedad y política de vivienda: límites constitucionales (Comentario a la STC de 14 de mayo de 2015), en *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm.34/2015, parte Comentarios, ed. Aranzadi, SAU, Cizur Menor, 2015, 2.

¹⁶ BOE núm. 263, de 2 de noviembre de 2013.

¹⁷ MEDINA GUERRERO, M.: *op. cit.*, 309-310.

¹⁸ MARTÍN VALDIVIA, S.M.: *op. cit.*, 2-3.

¹⁹ MARTÍN VALDIVIA, S.M.: *op. cit.*, 4. También, MEDINA GUERRERO, M.: *op. cit.*, 316-317.

²⁰ BOE núm. 58, de 9 de marzo de 1983. Cuestión de inconstitucionalidad 19/1982 20/1.

²¹ En la STC 111/1983, de 2 de diciembre, conocida por resolver el famoso caso Rumasa, numerosos magistrados afirmaron en voto particular la separación conceptual de ambas normas y la negación de propagación de efectos subsanadores de la Ley para con el Decreto-ley. Doctrina que fue ratificada posteriormente por la STC 182/1997, de 28 de octubre. A mayor abundamiento, el TC afirma en la STC 155/2005, de 9 de junio, que «... si bien pudiera pensarse que una eficacia retroactiva de la Ley que diera cobijo a los efectos producidos por el Decreto-ley puede privar de sentido a la impugnación... esto no es así, pues... velar por el recto ejercicio de la potestad de emitir Decretos-Leyes, dentro del marco constitucional, es algo que no puede eludirse por la utilización del procedimiento del artículo 86.3...».

²² BOE núm. 124, de 22 de mayo de 2018.

²³ BOE núm. 72, de 23 de marzo de 2018. Recurso de inconstitucionalidad 6036-2013.

²⁴ BON núm. 133, de 12 de julio de 2013.

²⁵ BOE núm. 72, de 23 de marzo de 2018. Recurso de inconstitucionalidad 6036-2013.

²⁶ Diario Oficial de la Generalidad Valenciana, núm. 7976, de 9 de febrero de 2017.

²⁷ Esta solución también parece encontrarse en el artículo 6 de la Ley de garantías en el acceso a la vivienda de Castilla la Mancha de 1 de febrero de 2011.

²⁸ Son diversas las normativas que inciden de forma directa, desde la política tributaria, en el uso de la propiedad urbana. Por ejemplo, la Generalidad de Cataluña aprobó la Ley 6/2017, de 9 de mayo, del Impuesto sobre los activos no productivos de las personas jurídicas (Diario Oficial de Cataluña de 12 de mayo de 2017), que establecía un nuevo impuesto catalán destinado al gravamen de la tenencia por entidades mercantiles de activos no productivos, es decir, no afectos a la actividad económica de dichas empresas. La STC 28/2019, de 28 de febrero, declaró la constitucionalidad del impuesto, pues no se produce doble imposición ni se afecta al ámbito subjetivo de otros tributos. *Vid.* CALVO VÉRGEZ, J.: El Impuesto catalán sobre los activos no productivos de las personas jurídicas y su declaración de constitucionalidad, en *Revista Quincena Fiscal* núm. 1/2020, Estudios, ed. Aranzadi, SAU, Cizur Menor, 2020, 9 y sigs.

²⁹ La mayoría de analistas del mercado inmobiliario estiman que el precio de un alquiler está entre el 3 y el 5%. Según la segunda de las opciones de este precepto, el alquiler obligatorio sería una mensualidad de la banda baja de dicho cálculo.

³⁰ BOE núm. 189, de 6 de agosto de 2018.

³¹ Argumenta el TC —FJ 3.^a—: «... Esa misma conclusión, examinando las normas estatales posteriores al dictado de la STC 93/2015, se ha ratificado en la STC 16/2018, FJ 13, en la que se ha declarado que los apartados primero y segundo de la disposición adicional décima de la Ley Foral 10/2010, añadida por el artículo 7 de la Ley Foral 24/2013, que regulaban una expropiación de uso similar a la anterior, suponían «un uso de la competencia autonómica en materia de vivienda que, al interferir de un modo significativo en el ejercicio legítimo que el Estado hace de sus competencias (art. 149.1.13 CE), menoscaba la plena efectividad de dicha competencia estatal». Más recientemente, en la STC 32/2018, de 12 de abril, FJ 5, se ha declarado inconstitucional y nula la disposición adicional primera de la Ley andaluza 4/2013, por idéntica razón. Y, finalmente, la STC 43/2018, de 26 de abril, FJ 4, ha declarado inconstitucional y nula la disposición adicional cuarta de la Ley canaria 2/2014, por los mismos motivos... El artículo 13 y el anexo I, de la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunidad Valenciana, ahora impugnada, regulan la misma expropiación de uso, que está orientada a cubrir la misma necesidad de vivienda a que se referían todas las disposiciones antes mencionadas y han sido impugnados por los mismos motivos. Consecuentemente, la aplicación al caso de la doctrina anteriormente expuesta determina que el artículo 13 y el anexo I deban ser declarados inconstitucionales y nulos...».

³² Afirma el TC en el FJ 5.^o lo siguiente: «...Se trata, pues, de normativas que, si bien contemplan, una solución contractual alternativa a las personas que se encuentran en aquella situación de extrema vulnerabilidad, los regímenes jurídicos contenidos en aquellas difieren, tanto en lo que se refiere a su aplicación temporal como a la propia configuración de las medidas, por lo que, en el análisis constitucional que nos compete, corresponde ahora determinar si la norma autonómica impugnada tiene o no virtualidad para menoscabar las medidas de política económica que, según indicamos en las SSTC 93/2015 y 32/2018, el Estado habría previsto en el ejercicio legítimo de su competencia sobre las bases de la planificación económica (art. 149.1.13 CE)».

³³ BOIX PALOP, A.: La Ley valenciana 2/2017 por la función social de la vivienda tras el control de constitucionalidad operado por la STC 80/2018, en *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 44/2020, parte Jurisprudencia, ed. Aranzadi, SAU, Cizur Menor, 2020, 6.

³⁴ BOE núm. 89, de 14 de abril de 1994. Cuestiones de inconstitucionalidad 2.010/1989 y 969/1991 (acumuladas).

³⁵ BOE núm. 16, de 19 de enero de 1993. Cuestión de inconstitucionalidad 1.797/1990.

³⁶ La creación de un derecho subjetivo a la vivienda exigible, por tanto, ante los tribunales, ya se planteó en décadas anteriores en alguna campaña electoral, como, por ejemplo, en la Comunidad de Madrid.

³⁷ GARCÍA NOVOA, C.: Tratamiento fiscal de la vivienda y derecho de usufructo en el IRPF, en *RDFHP*, núm. 230, 1994, 374.

³⁸ TORNOS MAS, J. El acceso a la vivienda y la nueva función social del derecho de propiedad, en *Revista Vasca de Administración Pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, núm. especial 99-100, mayo-diciembre, 2014, 2855.

³⁹ WOLFF, M.: Derecho de cosas, vol. I, en ENNECERUS, L., KIPP, T.; y WOLFF, M., *Tratado de Derecho Civil*, ed. Bosch, Barcelona, 1971, 326.

⁴⁰ «Al definir la libertad, el primero de los bienes del hombre, el más sagrado de los derechos que le otorga la naturaleza, habéis dicho, con toda razón, que estaba limitada por los derechos de los demás, pero no habéis aplicado este principio a la propiedad, que es una institución social. Nuestra declaración parece hecha no para los hombres, sino para los ricos». (Maximilien Robespierre). ROBESPIERRE, M.: *Libertad-Igualdad-Fraternidad*, cap. III, Errepar, Buenos Aires, 2000, 52.

⁴¹ El artículo 544 del *Code de Napoléon* establece textualmente: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal que no se haga un uso de las mismas prohibido por las leyes o los reglamentos».

⁴² Esta es, por ejemplo, la concepción hegeliana de la propiedad —manifestación racional derivada de la relación del hombre con las cosas, mediante la cual su subjetividad adquiere una dimensión objetiva—, que sostiene, partiendo de la razón, que la igualdad impone el reconocimiento de este derecho a toda persona, como manifestación de la voluntad subjetiva, sin que ello suponga la propiedad concreta de las cosas, cuestión que depende de causas naturales, las cuales impiden plantear un juicio ético al respecto. HEGEL, GWF: *Principios de Filosofía del Derecho*, Edhasa, Barcelona, 1988, parág. 49.

⁴³ *À l'Etat la souveraineté, au citoyen la propriété*, al soberano corresponde el imperio —autoridad pública suprema—, al ciudadano la propiedad», expresión de Jean-Étienne-Marie Portalis. Cit. en RODOTÁ, S.: «Hacia los bienes comunes. Soberanía y propiedad en el siglo XXI», en *Tracés, revue de sciences humaines*, núm. 6/2016, ENS Éditions, Lyon. <http://journals.openedition.org/traces/6632>.

⁴⁴ LÓPEZ y LÓPEZ, A.: El derecho de propiedad. Una *relectio*, en *Anuario de Derecho Civil*, núm. 51, octubre-diciembre de 1998, 4., Ministerio de Justicia, Madrid, 1643-1644.

⁴⁵ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: Artículo 33 CE: Derecho a la propiedad privada y a la herencia, en *Diario La Ley*, 25 de mayo de 2018, ed. Wolters Kluwer, Madrid, 5-6. Esta obra forma parte del libro *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, (dirs. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Casas Baamonde, M.E.), Fundación Wolters Kluwer-BOE, Madrid, 2018. Estas palabras del mismo autor son muy aleccionadoras: «... En los Estados fuertes de Occidente, que han organizado tradicionalmente también fuertes sociedades (capitalistas), el binomio «libertad y propiedad» constituyó, en su momento, todo un símbolo cargado de contenido ideológico en torno al cual se crearon los instrumentos técnico-constitucionales que dieron forma al Estado de Derecho en su origen liberal individualista: derechos fundamentales, reserva de ley, división de poderes y control judicial del poder. Quizá porque España nunca estuvo en ese núcleo ni de Estados fuertes, ni de fuertes sociedades capitalistas, puede afirmarse hoy, como «observación marginal», pero expresamente, que «España es quizás el país occidental en el que el Legislador y la Administración exhiben una falta de respeto más marcada con la propiedad» (García de Enterría, 1996, 134)». Todo ello, sin negar, por supuesto, la «vinculación moral» de la propiedad, como señala RODRÍGUEZ SANTIAGO.

⁴⁶ La doctrina social de la Iglesia, construida a través de sucesivas encíclicas papales (*Rerum Novarum*, *Quod apostolici numeris*, *Constitución Gaudium et spes*, *Pacem in Terris*, *Mater et magistra*, entre otras), se ha pronunciado, no tanto sobre la significación jurídica de la propiedad, como sobre su vocación ética y finalidad. Así, se afirma que la propiedad está sustentada en la ley natural, contribuye al orden social y en presupuesto necesario de la libertad humana. La propiedad debe alcanzar a todos los hombres y las leyes deben reconocer su doble naturaleza, individual y social; además, la propiedad de la tierra tiene una esencial consideración y debe también generalizarse. Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil, español, común y foral*, Tomo segundo: Derecho de cosas, vol. I, 13.^a edición, ed. Reus, Madrid, 1987, 140 y sigs.

⁴⁷ Es el concepto de la Constitución en sentido sociológico, que defendiera, ya a mediados del s. XIX, Ferdinand Lasalle. Según LASALLE, la constitución jurídica, como *papel*, será papel mojado si no contempla derechos de corte económico y social, más allá de los meramente individuales y personales, propios de las constituciones liberales. Vid. LASALLE, F.: *¿Qué es una Constitución?* (*Conferencia pronunciada ante una agrupación ciudadana de Berlín, en abril de 1862*).

⁴⁸ Un profuso análisis de las distintas concepciones del derecho de propiedad se encuentra en CASTÁN TOBEÑAS, J.: *op. cit.*, 151-152.

⁴⁹ CASTÁN TOBEÑAS, J.: *op. cit.*, 152. En relación con la exacción de tributos autonómicos que graven la propiedad, debemos tener en cuenta la dificultad de que los mismos no incurran en doble tributación por razón de los hechos imponible o los

sujetos pasivos. Sobre esta cuestión, ya se pronunció el TC en la Sentencia 28/2019, de 28 de febrero. *Vid.* CALVO VÉRGEZ, J.: *op. cit.*, 13 y sigs.

⁵⁰ DUGUIT, L.: *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, 2.^a ed. Madrid, España, Librería española y extranjera, 1920, 170.

⁵¹ DUGUIT, L.: *op. cit.*, 178.

⁵² DUGUIT, L.: *op. cit.*, 180 y sigs.

⁵³ PASQUALE, M. F.: La función social de la propiedad en la obra de León Duguit: una re-lectura desde la perspectiva historiográfica, en *Historia Constitucional*, núm. 15, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, 107-108. Se puede encontrar este artículo en <http://www.historiaconstitucional.com>

⁵⁴ COLINA GAREA, R.: *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*, ed. Bosch, Barcelona. 1997, 251-254.

⁵⁵ No obstante, el derecho de propiedad ha sido concebido como un todo, en consonancia con la tradición pandectística, que reconoce un señorío amplio y diferente de la mera suma de aquellas facultades, hasta haberse afirmado que el propietario está facultado para todo aquello que la ley no ha prohibido. En nuestro país, PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III, vol. I, ed. Bosch, Barcelona, 1978, 142. También, RUGGIERO, R.: *Instituciones de Derecho Civil*, tomo I, ed. Reus, Madrid, 1944, 523.

⁵⁶ Actualmente, un nutrido sector doctrinal aboga por esta concepción. *Vid.* RUIZ GARIJO, M.: Derecho a una vivienda e impuestos autonómicos sobre viviendas vacías en España. Una perspectiva constitucional, en *Crónica tributaria*, núm. 161, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2016, 187 y sigs. También, RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: La función social de la vivienda y la protección de los consumidores, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 44, parte Doctrina, ed. Aranzadi, Cizur Menor. 2017, 4 y sigs.

⁵⁷ AGOUÉS MENDIZÁBAL, C: La función social de los derechos en especial, el derecho de propiedad, en *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, 1.^a edición, ed. la Ley, Madrid, 2010.

⁵⁸ CORDERO QUINZACARA, E.: De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. XXXI, 2.^o semestre, Estudios, H.^a del pensamiento jurídico, Valparaíso, Chile, 2008, 506 y sigs.

⁵⁹ RUIZ-NAVARRO, J.L., SIEIRA, S. y RASTROLLO, A.: *Sinopsis de artículo 33 de la CE*, en <https://app.congreso.es/>

⁶⁰ BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2014, Recursos de inconstitucionalidad 6963-2007, 6964-2007, 6965-2007 y 6973-2007 (acumulados).

⁶¹ BOE núm. 89, de 14 de abril de 1987, Recurso de inconstitucionalidad número 685/1984.

⁶² BOE núm. 110, de 9 de mayo de 2006. Recurso de inconstitucionalidad 3967/1997.

⁶³ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: *op. cit.*, 13.

⁶⁴ BARNES VÁZQUEZ, J.: La propiedad privada en la Constitución Española de 1978 (LA LEY 2500/1978), en *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho Europeo y Comparado*, (Coord. Javier Barnes), ed. Tecnos, Madrid, 1996, 56 y sigs.

⁶⁵ Fue VASSALLI el primero que acuñó esta expresión en su obra *Per una definizione legislativa del diritto di proprietà*, al describir el modo en que la normativa del momento regulaba la propiedad y señalar que «... el interés público es que la apropiación de los bienes comporta estatutos diversos en armonía con los propósitos perseguidos que varían bastantex». Citado en CORDERO QUINZACARA, E.: *op. cit.*, 507.

⁶⁶ CORDERO QUINZACARA, E.: *op. cit.*, 507.

⁶⁷ RODOTÁ, S.: Hacia los bienes comunes. Soberanía y propiedad en el siglo XXI, en *Tracés, revue de sciences humaines*, núm. 6/2016, ENS Éditions, Lyon.

⁶⁸ STC 1989/1994, 17 de marzo. Voto Particular del punto 3 de los magistrados RODRÍGUEZ BEREIJO, CRUZ VILLALÓN y GABALDÓN LÓPEZ.

⁶⁹ «*Nunca se desprende uno de lo que le pertenece, aunque lo tire o lo regale*» (Johann W. GOETHE).

⁷⁰ Solamente, ciertas posiciones marxistas han negado la legitimidad de este derecho, por entender que se trata de una manifestación inadmisibles del individualismo que no justifica la apropiación de los bienes, los cuales pertenecen, por derecho, a la colectividad o, más bien, a su traducción política, el Estado.

⁷¹ COLINA GAREA, R.: *op. cit.*, 267.

⁷² MONTÉS i PENADÉS, V.L.: *La propiedad privada en el sistema de derecho civil contemporáneo*, ed. Civitas, Madrid, 1980, 62 y sigs.

⁷³ AGOUÉS MENDIZÁBAL, C: *op. cit.*, 11.

⁷⁴ MONTÉS i PENADÉS, V.L.: *op. cit.*, 67-68.

⁷⁵ AGUILAR GONZÁLEZ, J.M.: El análisis económico del derecho de propiedad: una aproximación, en *Anuario jurídico y Económico Escorialense*, XLII, Real Centro Universitario Escorial-María Cristina, 2009, 123-124.

⁷⁶ DE LOS MOZOS, J.L.: Retorno a la «galaxia» de la función social de la propiedad, en *El sistema económico en la Constitución española*, vol. 1, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1994, 7-8.

⁷⁷ TORNOS MAS, J., *op. cit.*, 2870.

⁷⁸ Entre otros, VATTIER FUENZALIDA, C.: Propiedad privada y régimen del suelo, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 613, año LXVIII, noviembre-diciembre, 2558-2559; GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley del Suelo. Texto Retundido de 1992*, ed. Civitas, Madrid, 1993. 119; o CHICO Y ORTIZ, J.M.: La Propiedad urbanística y el Registro de la Propiedad, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 602, año LXVII, enero-febrero, 158-159.

⁷⁹ COLINA GAREA, R.: *op. cit.*, 255-257.

⁸⁰ BOE núm. 69, de 22 de marzo de 2017. Esta normativa establece un canon extrafiscal que deberá pagar el propietario de una vivienda desocupada. En nuestra opinión, este precepto emplea un eufemismo que esconde, claramente, una sanción por el incumplimiento de lo que se considera una manifestación de la función social de la propiedad. Establece la disposición final tercera que «1. Al objeto de fomentar el cumplimiento de la función social de la propiedad de la vivienda, se establece un canon sobre la vivienda deshabitada. Su imposición, de carácter extrafiscal, a cargo de los ayuntamientos de la Comunidad Autónoma de Extremadura gravará las viviendas declaradas deshabitadas y los ingresos por este concepto dotarán el patrimonio municipal de suelo...». Si el referido canon no posee carácter fiscal o tributario, entonces debe ser considerado como una sanción, dado que se trata de una consecuencia negativa anudada al incumplimiento de un deber proclamado en la Ley, cual es la ocupación de la vivienda en aras de la función social de la propiedad. De esta forma, sería necesaria la interpretación restrictiva de la sanción o restricción de derechos y la imposibilidad de aplicación analógica o la retroactiva de la norma.

⁸¹ Reproducimos aquí las siguientes palabras por su precisión: «*De faltar su garantía o mantenimiento, el derecho de propiedad quedaría totalmente vacío, transformándose en una mera carga o peso para su titular que se vería abocado a responder por cosas en las cuales no tendría ningún interés*». COLINA GAREA, R.: *op. cit.*, 258.

⁸² Como dijo Rusiñol, «*si es verdad, como aseguran, que la propiedad es un robo, el día que todo sea de todos, todos seremos ladrones*». ROUSIÑOL, S.: *Pájaros de barro*, ed. Erasmus, Barcelona, 2012.

(Trabajo recibido el 5-6-2020 y aceptado para su publicación el 24-9-2020)

El deber de conservación de los bienes culturales y la indemnización derivada de su vinculación singular. Incidencia del Registro de la Propiedad

The duty of conservation of immovable cultural properties and the compensation derived from its singular linkage. Incidence of Land Register

por

JAIME IGNACIO MUÑOZ LLINÁS

Abogado

Patrimonio Nacional

Universidad Francisco de Vitoria

RESUMEN: El deber de conservación de los bienes inmuebles objeto de algún tipo de protección, ha sido tradicionalmente considerado como un tema central en la normativa reguladora del patrimonio histórico y en el derecho urbanístico. Las consecuencias de dicho deber para los propietarios o titulares de derechos reales sobre los mismos, se traduce en una carga económica adicional que, en ocasiones, deberá ser sufragada por las Administraciones públicas, como consecuencia de la vinculación singular de los inmuebles. Para ello, será de gran importancia el papel desempeñado por el Registro de la Propiedad, en orden a garantizar la seguridad jurídica de los titulares de dichos bienes y de posibles terceros adquirentes, de cara a

la conservación de los mismos y al cumplimiento de los restantes derechos y deberes que las leyes les reconocen.

ABSTRACT: The duty of conservation of immovable cultural properties, has traditionally been considered a pivotal element within historical heritage regulation and land use and zoning law. The consequences of this duty to its owner or rights' holder translates into an additional economic burden that, in certain cases, should be subsidized by the Public Administration, due to a singular linkage of the properties. To that extent, the Land Register's role will be crucial in order to legally protect owners and potential third-party acquirers, conserving not only the property but also ensuring compliance of all remaining rights and obligations legally recognized.

PALABRAS CLAVE: Patrimonio histórico. Deber de conservación. BIC. Conjunto Histórico. Vinculación singular. Registro de la Propiedad.

KEY WORDS: Historical heritage. Duty of conservation. BIC. Historical Complex. Singular linkage. Land Register.

SUMARIO: I. BREVE INTRODUCCIÓN HISTÓRICA Y APROXIMACIÓN A LA REGULACIÓN DEL PATRIMONIO HISTÓRICO EN EL DERECHO ESPAÑOL: 1. ANTECEDENTES NORMATIVOS. 2. EL CONCEPTO DE PATRIMONIO HISTÓRICO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO. 3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE PATRIMONIO HISTÓRICO. 4. LOS BIENES QUE INTEGRAN EL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL Y SUS CATEGORÍAS DE PROTECCIÓN: A) *Los Bienes de Interés Cultural (BIC):* a) Concepto. b) Declaración. c) Régimen jurídico. B) *Los bienes de Inventario o segunda categoría de protección.* C) *Los Catálogos de bienes y espacios protegidos.* —II. EL DEBER DE CONSERVACIÓN DE LOS BIENES CULTURALES Y LA POSIBLE INDEMNIZACIÓN A SUS PROPIETARIOS: 1. EL DEBER GENÉRICO DE CONSERVACIÓN IMPUESTO POR LA NORMATIVA URBANÍSTICA. 2. EL DEBER DE CONSERVACIÓN REGULADO EN LA NORMATIVA DE PATRIMONIO HISTÓRICO. 3. LA RESPONSABILIDAD CONCURRENTE DE LA ADMINISTRACIÓN POR LA FALTA DE CONSERVACIÓN DE LOS BIENES CULTURALES. 4. SOBRE LA EXISTENCIA DE UNA POSIBLE INDEMNIZACIÓN DERIVADA DE LA CONSERVACIÓN DE UN BIEN PROTEGIDO. 5. EL DEBER DE CONSERVACIÓN EN EL ÁMBITO DE UN CONJUNTO HISTÓRICO: A) *Delimitación conceptual y régimen jurídico aplicable a los Conjuntos Históricos.* B) *La conservación de los Conjuntos Históricos a través de los planes de protección.* C) *La aplicación de las vinculaciones singulares a los Conjuntos Históricos.* —III. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO

INSTRUMENTO NECESARIO PARA GARANTIZAR LA CONSERVACIÓN DE LOS BIENES CULTURALES.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. BREVE INTRODUCCIÓN HISTÓRICA Y APROXIMACIÓN A LA REGULACIÓN DEL PATRIMONIO HISTÓRICO EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS

El origen de la protección del patrimonio histórico habría que buscarlo en el siglo XV, en el que se manifestó la preocupación de diversos pontífices romanos por la protección de las riquezas arqueológicas y artísticas de Roma. En esta época se comenzaron a dictar una serie de normas, que constituirían el germen del cuerpo legislativo que se iría formando a partir de las siguientes centurias, generando un modelo que sería tomado como referencia de actuación en otros países¹.

Por lo que respecta a España, los hitos fundamentales en la evolución normativa en materia de patrimonio histórico estarían constituidos por: la Instrucción de Carlos IV de 26 de marzo de 1802 y la Real Cédula de 6 de julio de 1803 (Ley 3.^a, título XX, libro VIII de la Novísima Recopilación), que estableció medidas «sobre el modo de recoger y conservar los Monumentos antiguos que se descubren en el Reyno, bajo la inspección de la Real Academia de la Historia, a fin de poner las antigüedades a cubierto de la ignorancia que suele destruirlas con daño de los conocimientos históricos, y de las artes a cuyos progresos contribuyen en gran manera». En esta norma ya se hace mención, por primera vez, a la situación de ruina de los monumentos, debiendo poner en conocimiento de la Real Academia de la Historia esta circunstancia, para que pudiera adoptar las medidas necesarias para su conservación.

Posteriormente la Real Orden de 13 de junio de 1844, creó en todas las provincias las Comisiones de Monumentos, que, tras la Ley Moyano de 9 de septiembre de 1857, pasaron a depender de la Real Academia de San Fernando.

El siglo XX comienza con la aprobación de dos importantes normas²: por un lado, la Ley de Excavaciones y Antigüedades de 1911, que ha estado vigente hasta la aprobación de la actual Ley de Patrimonio Histórico Español de 1985; y, por otro lado, la Ley de 4 de marzo de 1915. Con esta última se llevó a cabo, por parte de la Real Academia de Bellas Artes, la elaboración de un catálogo y un inventario general del patrimonio monumental, distribuido por provincias. Además, se introdujeron unas prohibiciones de

derribo y de exportaciones sin previa descatalogación. Se contemplaron, también, unas medidas de fomento (con exenciones fiscales) para los propietarios de bienes culturales. Pero, quizá, el aspecto más importante de esta disposición fue la introducción del principio de declaración formal, como exigencia legal para la protección de los bienes³.

De gran importancia fue el Real Decreto Ley de 9 de agosto de 1926, aprobado en la Dictadura de Primo de Rivera y donde se regularon, por primera vez, los Conjuntos Históricos. Estos aparecen junto al concepto de monumentos aislados y se definen como «conjuntos de edificaciones, sitios y lugares de reconocida y peculiar belleza, cuya protección y conservación sean necesarias para mantener el aspecto típico, artístico y pintoresco característico de España» [art. 2.b)]. Junto a ello, se impusieron a los propietarios importantes limitaciones como: la prohibición de alteraciones sin previa licencia; el deber de efectuar obras de conservación; o la expropiación en caso de incumplimiento.

Posteriormente, el patrimonio histórico adquiere rango constitucional con la aprobación de la Constitución de 1931, cuyo artículo 45 señalaba que:

«Toda la riqueza artística e histórica del país, sea quien fuere su dueño, constituye tesoro cultural de la Nación y estará bajo la salvaguardia del Estado, que podrá prohibir su exportación y enajenación y decretar las expropiaciones legales que estimare oportunas para su defensa. El Estado organizará un registro de la riqueza artística e histórica, asegurará su celosa custodia y atenderá a su perfecta conservación. El Estado protegerá también los lugares notables por su belleza natural o por su reconocido valor artístico o histórico»⁴.

En desarrollo de esta previsión constitucional se aprobó, durante la II República, la Ley de 13 de mayo de 1933, sobre defensa, conservación y acrecentamiento del Patrimonio Histórico-Artístico Nacional⁵, que introdujo un sistema de declaraciones formales en el que se exigía tanto la autorización estatal como la municipal, para poder intervenir en los Monumentos.

Por último, la Ley de 22 de diciembre de 1955 sobre conservación del patrimonio histórico-artístico, modificó la Ley de 1933 e introdujo en su artículo 26 la prohibición de destinar los monumentos histórico-artísticos a fines «incompatibles con su valor y significación artística o histórica», a juicio del entonces Ministerio de Educación Nacional. Y, en todo caso, el cambio de uso de estos bienes debía ser informado, previamente, por la Dirección General de Bellas Artes y aprobado por el Consejo de Ministros (art. 1).

Paralelamente, se dictaba la Ley del Suelo de 1956 que, a través de una visión de conjunto, trató de introducir un concepto de ciudad insoluble-

mente unida a su patrimonio histórico, cuya protección debía venir reflejada en los planes generales de ordenación urbana⁶. Sin embargo, la reacción no se hizo esperar y desde el Ministerio de Educación Nacional se promovió un Decreto, que sería finalmente aprobado el 22 de julio de 1958, en el que se introdujo el concepto de «entorno» de los Monumentos y que afectaba a los «edificios, calles o plazas inmediatas al monumento». De esta manera, se inició una regulación en paralelo a la legislación vigente en materia de suelo, que se extendería hasta 1985⁷.

Por tanto, durante este periodo, se observó más que nunca como el urbanismo y la cultura no pueden crecer de forma separada, porque la conjunción de ambos es, precisamente, lo que provoca la conformación y el crecimiento de las ciudades y, en consecuencia, la generación de los conjuntos históricos⁸.

De esta forma, tras el reconocimiento constitucional del patrimonio histórico en el artículo 46, se aprobó la todavía vigente Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (en adelante, LPHE), donde se vuelve a tender la mano al urbanismo, estableciendo, entre otras cosas, la necesidad de redactar un plan especial de protección o instrumento urbanístico equivalente para la regulación del área afectada por un Conjunto Histórico⁹.

Como ha señalado PÉREZ DE ARMIÑÁN, esta Ley es fruto de un gran consenso en el Congreso de los Diputados y nace con una clara vocación codificadora, unificando en un mismo texto normativo todos los grandes ámbitos que, tradicionalmente, habían conformado el concepto de patrimonio histórico en nuestro derecho¹⁰.

2. EL CONCEPTO DE PATRIMONIO HISTÓRICO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Una vez hecha esta breve aproximación histórica a la conformación de la regulación del patrimonio histórico en nuestro Derecho, es preciso intentar un acercamiento a su concepto¹¹, que será fundamental para delimitar el alcance del deber de conservación previsto en la normativa. Para ello tenemos que partir de lo dispuesto en el artículo 46 de la Constitución Española de 1978, que señala que:

«Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio».

Este precepto comprende una serie de conceptos jurídicos indeterminados (histórico, cultural y artístico), que precisan, necesariamente, de una tarea de interpretación que permita dotarlos de un contenido concreto. Sin embargo, no se puede entender que esta labor de concreción sea estática, ya que dependerá de la realidad social en la que nos encontremos en cada momento¹².

Analizando de manera más particularizada los aspectos que se incluyen en dicho precepto, observamos que los términos artístico e histórico ya se encontraban presentes en la legislación histórica sobre patrimonio. Sin embargo, con la Constitución Española aparece una nueva expresión que se refiere al aspecto cultural¹³. Esta característica se encuentra presente en el citado artículo 46 como elemento fundamental de la protección de estos bienes, complementándose, además, con lo señalado en el artículo 44, que establece que «los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho». Desde este punto de vista, cabría entender, como señala BARRERO, que «un bien posee valor cultural y, en consecuencia, debe ser protegido por el orden jurídico cuando dadas sus características, sus cualidades, es relevante para el conocimiento de las formas de vida de los hombres en cualquiera de sus manifestaciones»¹⁴.

Por tanto, el elemento central que determina que un bien deba ser objeto de una protección jurídica, de conformidad con lo previsto en nuestra Constitución, es su consideración como elemento representativo de un momento concreto en la evolución de la civilización humana y que, por tanto, constituye una manifestación específica de la forma de vida presente en dicho preciso instante. Siendo así, es indudable la conexión de la cultura con el segundo concepto recogido en el artículo 46 (cultural). Es muy representativa a este respecto la definición de bienes culturales recogida en la Comisión Franceschini, según la cual: «pertenecen al patrimonio cultural de la nación todos los bienes que incorporan una referencia a la historia de la civilización»¹⁵.

Una conclusión similar se extrae de las palabras pronunciadas por la profesora ALONSO, según la cual «el interés público protegido por la legislación del patrimonio histórico es siempre el valor cultural que tienen los bienes integrantes del patrimonio histórico en tanto que instrumentos culturales; valor cultural que hace merecedor al bien que lo reúne de una protección especial»¹⁶.

Pero, además, el valor artístico inserto en el artículo 46 (CE) constituye también una clara manifestación de la cultura de una civilización, por cuanto corresponderá a sus miembros señalar cuándo un determinado bien posee dicha característica o no. Será, por tanto, el sentir general de la colectividad el que impondrá a los poderes públicos, la necesidad de proteger un determinado bien en atención a sus valores artísticos¹⁷.

Dentro del patrimonio histórico, el elemento que, tradicionalmente, se ha considerado como central en el mismo ha sido el Monumento, definido por GONZÁLEZ-VARAS como «un objeto físicamente concreto que se reviste de un elevado valor simbólico que asume y resume el carácter esencial de la cultura a la que pertenece». Y, desde este punto de vista, exige un juicio de valor sobre la base «de criterios estéticos o históricos, que explicita la importancia que una obra u objeto reviste para el desarrollo del arte o de la cultura»¹⁸.

En cuanto a la definición más específicamente referida a los Conjuntos Históricos, como bienes integrantes de ese concepto más amplio de patrimonio histórico, es obligado hacer referencia a la Convención sobre protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural aprobada en París el 21 de noviembre de 1972 y ratificada por España el 18 de marzo de 1982, que define los Conjuntos Históricos como aquellos «grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, el arte o la ciencia» (art. 1).

No obstante, como señala ALONSO IBÁÑEZ «no todos los elementos o zonas edificadas que reúnen valores ambientales, paisajísticos, históricos o cualquier otro que los haga merecedores de protección en los instrumentos de planeamiento urbanístico conforman un ambiente cultural». En este sentido, la autora distingue entre espacio cultural y ambiente cultural, no estando uno y otro presentes necesariamente al mismo tiempo en todos los casos¹⁹.

Pues bien, todos estos aspectos son los que se han querido recoger en la regulación contenida en el artículo 1.2 de la LPHE, que establece que:

«integran el Patrimonio Histórico Español los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico. Asimismo, forman parte del Patrimonio Histórico Español los bienes que integren el Patrimonio Cultural Inmaterial, de conformidad con lo que establezca su legislación especial».

Se trata, por tanto, de un concepto muy amplio que pretende de abarcar todos aquellos elementos, que permitan «asegurar la protección y fomentar la cultura material debida a la acción del hombre en sentido amplio»²⁰. En este sentido, va más allá de la definición contenida en su precedente inmediato conformado por la Ley de 1933 y, además, permite comprender dentro de su ámbito todos aquellos bienes que, en el futuro, puedan ser protegidos por las distintas comunidades autónomas²¹.

3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE PATRIMONIO HISTÓRICO

Otro de los aspectos clave para entender el régimen jurídico aplicable a la conservación de los bienes culturales, es el de la distribución de las competencias previstas en la Constitución española entre el Estado y las comunidades autónomas.

De conformidad con el artículo 149.1.28 (CE) el Estado tiene competencia exclusiva para «la defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las comunidades autónomas».

Sobre esta base constitucional se dictó la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico español, aún vigente, y cuyo objeto es la protección, acrecentamiento y transmisión a generaciones futuras de dicho patrimonio.

Esta Ley convive con las distintas leyes de patrimonio histórico o cultural dictadas por las comunidades autónomas, que han asumido competencias en esta materia a través de sus respectivos estatutos de autonomía, al amparo de lo dispuesto en el artículo 148.1.16 (CE), que establece que las comunidades autónomas podrán asumir competencias en materia de «patrimonio monumental de interés para la comunidad autónoma». Sobre esta base, todas las comunidades autónomas fueron aprobando sus leyes reguladoras del patrimonio histórico y, en algunos casos, se pueden observar ya leyes de segunda generación²².

No obstante, como suele ocurrir en aquellas competencias que la Constitución configura como concurrentes, se han producido diversos conflictos de constitucionalidad, que demuestran que la delimitación de las competencias del Estado y de las comunidades autónomas no está suficientemente clara²³.

A ello no contribuye el hecho de que la delimitación del concepto de expolio, fundamental para conocer el alcance de la competencia estatal y que la Ley remite a una regulación posterior, no se ha llevado a cabo, provocando un grado de indeterminación muy amplio²⁴.

Sobre estos postulados se han producido diversas posiciones doctrinales. Así, por ejemplo, PÉREZ DE ARMIÑÁN considera que la Constitución española ampara «la existencia de una ley estatal sobre Patrimonio de suficiente alcance y de inmediata y preferente aplicación en toda España, con el correlativo apoderamiento a la Administración del Estado para asegurar, en definitiva, su cumplimiento», correspondiendo al Estado, entre otras cosas, la competencia para dictar la legislación básica sobre defensa del patrimonio²⁵.

Por su parte, ALONSO IBÁÑEZ entiende que el artículo 149.1.28.^a (CE) no puede interpretarse de forma que deje vacías de contenido las competencias autonómicas y, en este sentido, destaca la existencia de un

poder de intervención más amplio por parte de las comunidades autónomas en relación con la protección de los bienes inmuebles, debido a su estrecha relación con el urbanismo y la ordenación del territorio. Ahora bien, según esta autora, la LPHE prevalece sobre la normativa autonómica y, en consecuencia, será la que delimite las competencias que corresponden al Estado, dejando el resto para las comunidades autónomas. Todo ello sin perjuicio del respeto al principio de autonomía y de las competencias que la Constitución les atribuye por otros títulos²⁶.

Sin embargo, esta no es exactamente la postura mantenida por el Tribunal Constitucional en su importante Sentencia 17/1991, de 31 de enero (Rec. 830, 847, 850 y 858/1985), que apuesta por una competencia concurrente del Estado y de las comunidades autónomas en esta materia (F.J. 3.º). A este respecto, señala que corresponde al Estado la competencia exclusiva en la defensa del patrimonio histórico frente a la exportación y la expoliación, mientras que las comunidades autónomas tendrán competencia en lo restante, en función de lo previsto en sus respectivos Estatutos.

En línea con esta argumentación se sitúa ABAD LICERAS, que señala que «la atribución de competencias en materia de patrimonio histórico entre las diferentes Administraciones públicas españolas ha de partir, no solo de la idea originaria de que la cultura constituye una competencia concurrente entre el Estado y las comunidades autónomas, sino también de que, independientemente de quién sea el propietario o dónde radique un bien cultural o cuál sea la legislación aplicable sobre el mismo, dicho bien cultural participa de una naturaleza ambivalente o doble: por una parte, constituye un elemento integrante del patrimonio histórico de una región o comunidad autónoma y, simultáneamente, también pertenece y se engloba dentro de la noción genérica de Patrimonio Histórico español»²⁷.

Más tajante se muestra PARADA, para quien las comunidades autónomas solo son competentes «para la ejecución con carácter general de la Ley, salvo cuando se indique de modo expreso la competencia de la Administración del Estado»²⁸, lo cual supone negar en la práctica una competencia legislativa por parte de la administración autonómica, lo que no parece acorde con lo previsto en los apartados 15 y 16 del artículo 148.1 (CE), que establece que las comunidades autónomas podrán asumir competencias (incluyendo la legislativa) en materia de: museos, bibliotecas y conservatorios de música de interés para la comunidad autónoma; así como en relación con el patrimonio monumental de interés de la comunidad autónoma.

Por tanto, a la vista de estos preceptos se podría afirmar ese carácter concurrente de las competencias en esta materia, que ya fue ampliamente defendido por el Tribunal Constitucional en la citada Sentencia 17/1991 y que, posteriormente, ha confirmado en su Sentencia 122/2014, de 17 de julio (Rec. 5277/2013), en la que señala que «el correcto entendimiento de esta

competencia exclusiva del Estado deja la materia patrimonio histórico, salvo su defensa contra la expoliación y exportación con la extensión limitada que acabamos de perfilar y dejando a un lado los bienes de titularidad estatal, en manos de las comunidades autónomas que la hayan asumido estatutariamente, lo que habilita a éstas a establecer, respetando las salvedades indicadas, el régimen general del patrimonio histórico español ubicado en su territorio» (FJ. 3.º).

Pero no solo el Estado y las comunidades autónomas pueden ejercer competencias en esta materia, ya que también los ayuntamientos cooperarán con los organismos competentes para la ejecución de la Ley, en la conservación y custodia del patrimonio histórico comprendido en su término municipal (art. 7 LPHE). Por su parte, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LBRL) establece en su artículo 25.2.a) que el municipio ejercerá, en todo caso, como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas, las relativas a la protección y gestión del patrimonio histórico.

Además, hay que tener en cuenta también unos órganos de colaboración y cooperación entre las distintas Administraciones públicas, donde destaca el Consejo Nacional de Patrimonio Histórico, que estará integrado por el director general de Bellas Artes del Ministerio de Cultura (presidente) y por un representante de cada comunidad autónoma, designado por su Consejo de Gobierno²⁹. Asimismo, existen otros órganos consultivos como son: la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español; las Reales Academias; las Universidades españolas o el Consejo Superior de Investigaciones Científicas. La participación de alguno de estos organismos será indispensable, por ejemplo, para efectuar una declaración de ruina, como más adelante se verá.

Por último, se prevé en la LPHE una acción pública (art. 8), en virtud de la cual cualquier ciudadano podrá exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos, el cumplimiento de lo previsto en la Ley en defensa de los bienes que integran el patrimonio histórico.

4. LOS BIENES QUE INTEGRAN EL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL Y SUS CATEGORÍAS DE PROTECCIÓN

El patrimonio histórico entra dentro de la categoría de bienes de interés público, ya que, con independencia de quien sea su titular (público o privado) o de que esté o no afectado a un uso o servicio público, la Administración tiene unas prerrogativas con respecto al mismo, como consecuencia de las peculiaridades que en él concurren³⁰.

Recordemos que el artículo 46 (CE) señalaba que se garantizará la conservación y se promoverá el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, «cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad».

Pues bien, como se ha señalado anteriormente, el artículo 1.2 de la LPHE se refiere a dichos bienes, los cuales se extienden a:

- Los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico.
- El patrimonio documental y bibliográfico.
- Los yacimientos y zonas arqueológicas.
- Los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico.
- Los bienes que integren el Patrimonio Cultural Inmaterial, de conformidad con lo que establezca su legislación³¹.

Estos bienes podrán ser declarados de Interés Cultural o incluirse en el Inventario General del Patrimonio Histórico³², en función de su relevancia.

A) Los Bienes de Interés Cultural (BIC)

a) Concepto

Estos bienes gozan de singular protección y tutela, y podrán ser declarados por ministerio de esta Ley o mediante Real Decreto de forma individualizada (art. 9.1). La LPHE distingue entre bienes muebles e inmuebles.

Por lo que se refiere a los inmuebles, el artículo 14.1 LPHE señala que tendrán esta consideración,

«además de los enumerados en el artículo 334 del Código civil, cuantos elementos puedan considerarse consustanciales con los edificios y formen parte de los mismos o de su exorno, o lo hayan formado, aunque en el caso de poder ser separados constituyan un todo perfecto de fácil aplicación a otras construcciones o a usos distintos del suyo original, cualquiera que sea la materia de que estén formados y aunque su separación no perjudique visiblemente al mérito histórico o artístico del inmueble al que están adheridos».

Estos bienes pueden ser declarados en las siguientes categorías:

- **Monumentos:** comprende los bienes inmuebles que «constituyen realizaciones arquitectónicas o de ingeniería, u obras de escultura colosal siempre que tengan interés histórico, artístico, científico o social» (art. 15.1)³³.

- Jardín Histórico: «es el espacio delimitado, producto de la ordenación por el hombre de elementos naturales, a veces complementado con estructuras de fábrica, y estimado de interés en función de su origen o pasado histórico o de sus valores estéticos, sensoriales o botánicos» (art. 15.2). Estos bienes tienen un tratamiento muy similar a los Monumentos en cuanto a su régimen de protección y conservación. Sin embargo, en ellos prevalecerá la acción del hombre sobre la naturaleza, frente a las posibles construcciones que puedan albergar.

- Conjunto Histórico: sin perjuicio de que, más adelante, nos detendremos específicamente en esta categoría, la definimos ahora como «la agrupación de bienes inmuebles que forman una unidad de asentamiento, continua o dispersa, condicionada por una estructura física representativa de la evolución de una comunidad humana por ser testimonio de su cultura o constituir un valor de uso o disfrute para la colectividad». También será Conjunto Histórico «cualquier núcleo individualizado de inmuebles comprendidos en una unidad superior de población que reúnan esas mismas características y puedan ser claramente delimitados» (art. 15.3).

- Sitio Histórico: se define legalmente como «el lugar o paraje natural vinculado a acontecimientos o recuerdos del pasado, a tradiciones populares, creaciones culturales o de la naturaleza y a obras del hombre, que posean valor histórico, etnológico, paleontológico o antropológico» (art. 15.4).

- Zona Arqueológica: «es el lugar o paraje natural donde existen bienes muebles o inmuebles susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie, en el subsuelo o bajo las aguas territoriales españolas» (art. 15.5).

Vemos, por tanto, que en la LPHE de 1985 se ha consolidado la nueva concepción del patrimonio histórico desarrollada a lo largo del siglo XX, tanto en el ámbito nacional como internacional, en virtud de la cual ya no se consideran solamente los Monumentos como única categoría de bienes inmuebles susceptibles de protección, sino que aparecen otros elementos importantes, como son los Conjuntos Históricos o las Zonas Arqueológicas, por ejemplo³⁴.

Por otra parte, los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico español también podrán ser declarados de interés cultural. En todo caso, si se trata de bienes muebles contenidos en un inmueble que haya sido objeto de declaración y ésta los reconoce como parte esencial de su historia, también tendrán la consideración de BIC (art. 27). Pero no se podrá declarar bien de interés cultural la obra de un autor vivo, salvo que exista autorización expresa de su propietario o medie su adquisición por la Administración (arts. 9 y 10).

Junto a estas categorías, las comunidades autónomas han articulado otras, en respuesta a la evolución que ha experimentado esta materia des-

de su regulación en 1985. Habría que destacar, por ejemplo, los Espacios Culturales en el País Vasco [art. 9.1.f) LPCV]; los Lugares Etnográficos en Murcia [art. 3.4.g) LPCM]; los Lugares de Interés Etnológico en Cataluña [art. 7.2.e) LPCC] o en Baleares (art. 6.5 LPHB); los Parques Culturales en Valencia [art. 26.1.A).h) LPCVAL]; los Paisajes Culturales en Madrid [art. 3.1.c) LPHM] o en Navarra [art. 15.e) LPCN]; los Lugares Naturales en Cantabria [art. 49.1.e) LPCCAN]; las Vías Culturales en La Rioja [art. 12.4.f) LPCHAR]; los Parques Arqueológicos en Extremadura [art. 6.1.h) LPHCE]; las Vías Históricas en Asturias [art. 12.1.f) LPC] o en Castilla y León [art. 8.3.g) LPCCL]; los Lugares de Interés Industrial en Andalucía [art. 25.g) LPHA]; los Territorios Históricos en Galicia [art. 11.1.i) LPCG] o los Sitios Industriales en Canarias [art. 23.h) LPCCA]; por citar algunas³⁵.

b) Declaración

La declaración de un bien de interés cultural es el procedimiento por el cual se dota a dicho bien de la máxima protección, establecida en el ordenamiento jurídico estatal y autonómico, en atención a sus singulares características o su especial relevancia sobre los restantes bienes que integran el Patrimonio Histórico español³⁶.

Dicho proceso se iniciará mediante una incoación que se producirá de oficio, pero que podrá ser motivada por la solicitud de cualquier persona (art. 10 LPHE) y supondrá la aplicación provisional del mismo régimen de protección previsto para los bienes que, finalmente, hayan sido declarados de interés cultural (art. 11.1). Además, determinará la suspensión de las correspondientes licencias municipales de parcelación, edificación o demolición en las zonas afectadas, así como de los efectos de las ya otorgadas (art. 16).

La declaración se hará mediante Real Decreto del Consejo de Ministros o Decreto del correspondiente Consejo de Gobierno de la comunidad autónoma respectiva, en relación con los bienes de interés para la misma y que, en este sentido, se declaren en su territorio. Durante todo el procedimiento de declaración se garantizará la participación de cualquier ciudadano que esté interesado en el expediente y no solo de los propietarios directamente implicados, pudiendo formular alegaciones y acceder a los documentos y trámites que se vayan evacuando. Además, cuando se trate de la declaración de bienes inmuebles, se dará audiencia al ayuntamiento en donde radique el bien. Asimismo, se requerirá el informe favorable de alguna de las Instituciones consultivas señaladas en el artículo 3.2 LPHE o que tengan reconocido idéntico carácter en el ámbito de una comunidad autónoma (art. 9).

Una vez iniciado el procedimiento se deberá dictar y notificar la resolución en el plazo máximo de veinte meses, a partir de la fecha efectiva en la

que se produjo la incoación. No obstante, la caducidad del expediente solo se producirá transcurrido dicho plazo, si se hubiese denunciado la mora y siempre que no recaiga resolución en los cuatro meses siguientes a dicha denuncia. Caducado el expediente no podrá volver a iniciarse en los tres años siguientes, salvo a instancia del titular.

Una vez declarado un bien de interés cultural, se deberá proceder a su inscripción en el Registro de la Propiedad, lo cual se deberá instar de oficio por la Administración competente. Así lo establece el artículo 12.3 de la LPHE que, sin embargo, limita esta obligación a los Monumentos y a los Jardines Históricos.

Más ambiciosas son algunas leyes autonómicas que extienden esta obligación a todos los bienes inmuebles declarados como bienes de interés cultural. Tal es el caso, por ejemplo, de la recién aprobada Ley de Patrimonio Cultural Vasco que, en su artículo 20 prevé esta inscripción para todos «los bienes culturales inmuebles declarados de protección especial y media». De acuerdo con lo anterior, cabría entender que la ampliación de la inscripción a todos los bienes inmuebles implicaría, por tanto, la inclusión de los inmuebles afectados por la declaración como Bien de Interés Cultural de un Conjunto Histórico o, incluso, de un Sitio o Territorio Histórico.

Asimismo, en la mayoría de las leyes autonómicas se recoge la obligatoriedad de instar la práctica en el Registro de la Propiedad, de una anotación preventiva de la incoación de un inmueble como bien de interés cultural. Así lo establece, por ejemplo, la recién aprobada Ley 11/2019, de 25 de abril, de Patrimonio Cultural de Canarias, en su artículo 28.5. Más adelante nos detendremos en estos aspectos de manera más detallada.

c) Régimen jurídico

Las normas que regulan el régimen jurídico aplicable a los bienes de interés cultural vienen informadas por la necesidad de conservación de los mismos. En este sentido, la obligación de conservación de los bienes culturales de carácter inmueble, supera a la genérica que corresponde a todo propietario, para mantener sus bienes en las adecuadas condiciones de seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato que imponen las distintas leyes urbanísticas³⁷.

Por tanto, las normativas estatal y autonómica prevén en sus respectivas leyes de patrimonio cultural, un régimen jurídico que trata de garantizar la protección y conservación de dichos bienes, complementando la legislación del suelo dictada por el Estado y por las distintas comunidades autónomas, sobre las que, en principio, prevalecerá.

Precisamente, en relación con la prevalencia de la normativa en materia de patrimonio histórico sobre la normativa urbanística, se ha pronunciado

nuestro Tribunal Supremo en numerosas ocasiones. Sin embargo, de una postura inicial basada en la preeminencia de la ley especial frente a la ley general, de conformidad con la interpretación clásica establecida en nuestro derecho³⁸, se ha pasado a dar una primacía al principio de conservación de los bienes culturales, sobre la base de lo previsto en el artículo 46 (CE), que, en la práctica, puede suponer la primacía de una norma urbanística sobre la específica de patrimonio histórico, si aquella es más conservacionista que ésta³⁹. Así ha ocurrido, por ejemplo, en materia de ruina con las leyes de Castilla-La Mancha o Andalucía⁴⁰.

En todo caso, como presupuesto inicial comprendido en ese régimen jurídico, es necesario que los bienes declarados de interés cultural sean inscritos en un Registro General dependiente de la Administración del Estado, cuya organización y funcionamiento se determinarán mediante un reglamento. Idénticos registros se llevarán a cabo por las distintas comunidades autónomas, tal y como prevén sus respectivas leyes, los cuales estarán coordinados con el Registro General del Ministerio de Cultura y, en ellos, se anotarán preventivamente las incoaciones de los expedientes de declaración, así como todos los actos relativos al traslado o transmisión de un bien inscrito. Además, se les expedirá por el Registro General un título oficial para su identificación y, en aquel, se reflejarán todos los actos jurídicos o artísticos que sobre ellos se realicen.

Por otra parte, los propietarios y, en su caso, los titulares de derechos reales sobre tales bienes, o quienes los posean por cualquier título, están obligados, según el artículo 13.2 LPHE a permitir y facilitar: su inspección por parte de los Organismos competentes; su estudio por los investigadores; y su visita pública, en las condiciones de gratuidad que se determinen reglamentariamente, al menos cuatro días al mes, en días y horas previamente señalados⁴¹. No obstante, del cumplimiento de esta última obligación podrá ser dispensado, total o parcialmente, por la Administración competente, cuando medie causa justificada. Además, en el caso de bienes muebles se puede acordar, como obligación sustitutoria, el depósito del bien en un lugar que reúna las adecuadas condiciones de seguridad y exhibición, durante un periodo máximo de cinco meses cada dos años (art. 13.2).

A continuación, tanto la LPHE como las Leyes de Patrimonio de las distintas comunidades autónomas recogen una serie de derechos y deberes de los titulares (propietarios o poseedores, según los casos) de los bienes de interés cultural, que van a depender del tipo de bien (mueble o inmueble) y de la categoría en la que está declarado (Monumento, Jardín Histórico, Conjunto Histórico...). Este conjunto de bienes y derechos conforman lo que se ha venido en llamar el régimen jurídico del patrimonio histórico, que, sustancialmente, es igual en prácticamente todas las comunidades autóno-

mas. No obstante, hay que decir que, no en todos los casos, se han perfilado con detalle las particularidades de dicho régimen jurídico para cada tipo de bien. Lo que sí parece claro, en cambio, es que tanto los Monumentos como los Jardines Históricos van a tener una regulación muy parecida, que va a diferir sensiblemente de la contemplada, por ejemplo, para los Conjuntos Históricos o los Sitios Históricos, así como, por supuesto, de las Zonas Arqueológicas.

De esta forma, tanto en los Monumentos como en los Jardines Históricos se establece un régimen estricto, que implica que no podrá realizarse ninguna obra que afecte directamente al inmueble, a cualquiera de sus partes integrantes o pertenencias o a su entorno, sin autorización expresa de los organismos competentes en materia de patrimonio histórico. Y, asimismo, está prohibida la colocación de publicidad comercial y de cualquier clase de rótulo, señal o símbolo, en los Jardines Históricos y en las fachadas y cubiertas de los Monumentos. Por último, se prohíbe toda construcción que altere el carácter de estos inmuebles o perturbe su contemplación (art. 19 LPHE).

Por su parte, para las categorías de Conjunto Histórico y Sitio o Territorio Histórico, se contempla un régimen algo más permisivo, en el sentido de que la protección va a ir encaminada, fundamentalmente, a la protección del carácter del conjunto y, no tan específicamente, a cada uno de sus elementos integrantes. Además, se prevé la obligatoriedad de redactar un plan especial de protección⁴² del área afectada por la declaración de BIC, por parte del municipio o municipios en los que radique el bien, de acuerdo con las exigencias recogidas en la LPHE y previo informe favorable del órgano competente en materia de patrimonio histórico (art. 20.1 LPHE). La aprobación de dichos planes, como luego se verá, supondrá la delegación en los Ayuntamientos en los que radiquen los bienes de la competencia para autorizar las distintas obras o actuaciones que puedan afectar a los mismos (art. 20.4 LPHE).

B) Los bienes de Inventario o segunda categoría de protección

La LPHE prevé una segunda categoría de protección para aquellos bienes muebles que tengan singular relevancia por su notable valor histórico, artístico, arqueológico, científico, técnico o cultural, pero no hayan sido declarados como BIC (art. 26 LPHE). Estos bienes se incluirán en un Inventario que llevará al efecto el Estado en colaboración con las comunidades autónomas y gozarán de una protección muy parecida a la de los BIC. Así, por ejemplo, el artículo 28 de la LPHE señala que: no podrán ser enajenados por las Administraciones públicas⁴³; serán imprescriptibles;

y, además, aquellos que estén en posesión de instituciones eclesiásticas, no podrán transmitirse por título oneroso o gratuito, ni cederse a particulares o a entidades mercantiles. Dichos bienes solo podrán ser enajenados o cedidos al Estado, a entidades de derecho público o a otras instituciones eclesiásticas.

En todo caso, tal y como señala el artículo 26.6 LPHE, estos bienes están sometidos a una serie de normas como, por ejemplo, que los órganos competentes en materia de patrimonio histórico podrán, en todo momento, inspeccionar su conservación. Pero, además, sus propietarios o titulares de derechos reales sobre los mismos están obligados a permitir su estudio a los investigadores y a prestarlos, con las debidas garantías, a exposiciones temporales que se organicen por el Estado o las comunidades autónomas. Por último, tanto su transmisión como cualquier otra modificación en su situación, debe ponerse en conocimiento de la administración competente y anotarse en el Inventario General. Todo ello sin perjuicio de que son inexportables salvo autorización, provocando la confiscación automática de los mismos a favor del Estado, en el supuesto de que salgan del territorio español sin la debida autorización (art. 29 LPHE)⁴⁴.

Por último, hay que decir que, aunque la figura del Inventario fue prevista inicialmente para la protección de los bienes muebles, todas las comunidades autónomas⁴⁵ han decidido incluir en la misma determinados bienes inmuebles, que, sin reunir la singularidad que los haría merecedores de una protección como BIC, sin embargo, comprenden una serie de características que les otorgan una especial relevancia, y les distingue de aquellos otros que solo son protegidos urbanísticamente⁴⁶. Además, hay algunas comunidades autónomas que han previsto una tercera categoría de protección⁴⁷. Estos bienes tienen, en la práctica, un régimen de conservación y protección muy parecido al de los Bienes de Interés Cultural.

C) Los Catálogos de bienes y espacios protegidos

Además de los bienes incluidos en alguna de las categorías nominalmente establecidas en la normativa de patrimonio histórico, a las que nos hemos referido en los epígrafes anteriores, existen otro tipo de bienes, también integrantes del patrimonio histórico, que, pese a no haber sido declarados como BIC o haberse incluido en el Inventario, reúnen alguno de los valores previstos en el artículo 1.2 LPHE.

Sobre estos bienes las Administraciones públicas tendrán una serie de potestades en atención a su valor cultural «presunto»⁴⁸. La protección de estos bienes se hará, fundamentalmente, por parte de los municipios en

los que radiquen, a través de los catálogos de bienes y espacios protegidos, que deberán otorgarles un nivel adecuado de protección en atención a sus características, debiendo, en todo caso, reservarse la protección integral para aquellos que contengan elementos singulares (art. 21 LPHE).

Como ha señalado BARRERO, nada tienen que ver estos Catálogos de bienes y espacios protegidos con los «catálogos» o inventarios elaborados por las Administraciones públicas competentes en patrimonio histórico, de acuerdo con lo previsto en sus respectivas leyes sobre la materia. Así, mientras los primeros tienen inmediatos efectos jurídicos por imperativo de la normativa urbanística; los segundos no suponen la aplicación automática de las prescripciones contenidas en la correspondiente ley de patrimonio histórico, siendo necesaria la declaración expresa como BIC o, en su caso, la inclusión en el Inventario o figura equivalente de las comunidades autónomas⁴⁹.

Sin embargo, disintimos con esta autora en su apreciación de que los Catálogos de Bienes y Espacios Protegidos «no constituyen una técnica de protección del patrimonio histórico autónoma e independiente, sino un instrumento complementario de los planes especiales, de los cuales extraen su propia eficacia y a cuya ordenación sirven» (BARRERO, 1990, 601-602). Esta conclusión podría predicarse, si acaso, de aquellos bienes y espacios protegidos que se encuentran incardinados en el ámbito de un Conjunto Histórico, pero no de aquellos que no forman parte del mismo. Si bien con respecto a los primeros, no parecería lógico realizar una regulación que separase ambas realidades; en los segundos, resulta a todas luces excesiva la aprobación de un plan especial para la protección de elementos aislados, situados en un espacio urbano que no merezca la calificación de Conjunto Histórico de acuerdo con la normativa de patrimonio histórico. En estos casos, parece más lógico que dichos catálogos formen parte de los planes generales de ordenación urbana o, incluso, como prevén la mayoría de comunidades autónomas, se aprueben de manera independiente en desarrollo de estos, agilizando con ello su tramitación⁵⁰.

Por tanto, parece necesario distinguir entre dos tipos de Catálogos de bienes y espacios protegidos. Por un lado, los expresamente previstos en la LPHE (art. 21) que irán asociados al correspondiente plan especial de protección y que supondrá la aplicación para los bienes en el recogidos, entre otras cosas, de los beneficios fiscales previstos en los artículos 79 y siguientes de la LPHE⁵¹. Y, por otro lado, están los catálogos previstos en la normativa urbanística, independientes o no de los Conjuntos Históricos, que serán aprobados conjuntamente con los planes generales o con sus instrumentos de desarrollo, pero que, también, podrán ser aprobados de forma independiente en aquellos casos en los que así se prevea⁵².

II. EL DEBER DE CONSERVACIÓN DE LOS BIENES CULTURALES Y LA POSIBLE INDEMNIZACIÓN A SUS PROPIETARIOS

1. EL DEBER GENÉRICO DE CONSERVACIÓN IMPUESTO POR LA NORMATIVA URBANÍSTICA

Hay que partir de la base de que en nuestro sistema jurídico conviven dos mecanismos para garantizar la conservación del patrimonio inmobiliario. El más general se contiene en la normativa urbanística o del suelo y coexiste con otro más específico, que afecta solo a aquellos bienes inmuebles que cuentan con algún tipo de protección y que se recoge también en esta normativa y, además, en la legislación sobre patrimonio cultural o histórico de las distintas Administraciones públicas.

Dicho deber de conservación se enmarca en la regulación del derecho de propiedad privada y, por tanto, corresponde al Estado su regulación, en el ejercicio de la competencia atribuida por el artículo 149.1.1 (CE)⁵³. De acuerdo con esto, el vigente Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana (en adelante, TRLSRU), establece en su artículo 15.1.b) que:

«el derecho de propiedad de los terrenos, las instalaciones, construcciones y edificaciones comprende con carácter general, la conservación de los mismos en las condiciones legales de seguridad, salubridad, accesibilidad universal, ornato y las demás que exijan las leyes para servir de soporte a dichos usos».

De la misma manera, como luego se verá, todas las leyes urbanísticas de las distintas comunidades autónomas recogen este deber de conservación, impuesto a los propietarios de todo tipo de bienes inmuebles, en términos muy parecidos a los previstos en la legislación estatal⁵⁴.

El origen de este deber de conservación lo encontramos en la ya derogada Ley del Suelo de 1956 que, sin embargo, solo hacía referencia a la seguridad, salubridad y ornato público de las edificaciones (art. 178). Posteriormente, el Real Decreto Legislativo 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (en adelante, TRLSOU de 1976), introdujo una nueva dimensión en dicho deber de conservación, al establecer la posibilidad de ordenar, «por motivos de interés turístico o estético», obras de conservación o reforma en las fachadas o espacios visibles desde la vía pública, las cuales se ejecutarían por los propietarios siempre que estuvieran dentro del deber legal de conservación que les correspondía (art. 182).

Por su parte, el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (en adelante, TRLSOU de 1992) introduce una novedad con respecto a su precedente de 1976, al recoger, dentro del deber de conservación, la necesidad de que los propietarios destinen los terrenos o construcciones a los usos establecidos por el planeamiento urbanístico (art. 21.1 en relación con el artículo 245.1)⁵⁵. Ninguna novedad encontramos en la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones (en adelante, LSV), que se limita a reproducir el contenido de su precedente de 1992 (art. 19).

Con el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo (TRLS de 2008), solo se añadió, inicialmente, el criterio de la accesibilidad a los ya consolidados de seguridad, salubridad y ornato, así como la necesidad, no solo de destinar los terrenos o construcciones a los usos establecidos por el planeamiento urbanístico, sino, también, de conservarlos en las condiciones legales para servir a dichos usos. Además, se mantuvo la obligatoriedad de realizar las obras adicionales por motivos turísticos y «culturales»⁵⁶, o para mejorar la calidad y sostenibilidad del medio urbano (art. 9). Sin embargo, tras la reforma operada en dicho Texto Refundido por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas (en adelante, LRRRU), se realizó una nueva redacción de este artículo que incluyó, en el deber de conservación, la necesidad de realizar los trabajos y las obras necesarias para satisfacer, con carácter general, los requisitos básicos de la edificación establecidos en el artículo 3.1 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en adelante, LOE)⁵⁷.

Las novedades incorporadas por la LRRRU al TRLS de 2008 en esta materia fueron asumidas íntegramente por el TRLSRU en 2015 (art. 15), del cual se pueden extraer los tres niveles que comprende el deber legal de conservación en edificios y construcciones (y también en terrenos e instalaciones):

a) En primer lugar, un deber de «dedicarlos a usos que sean compatibles con la ordenación territorial y urbanística».

b) En segundo lugar, el deber genérico de conservación, consistente en «conservarlos en las condiciones legales de seguridad, salubridad, accesibilidad universal, ornato y las demás que exijan las leyes para servir de soporte a dichos usos».

c) Y, por último, unas medidas adicionales de conservación, que comprenden la realización de «las obras adicionales que la Administración ordene por motivos turísticos o culturales, o para la mejora de la calidad y sostenibilidad del medio urbano, hasta donde alcance el deber legal de conservación»⁵⁸.

De estas tres dimensiones del deber legal de conservación, parece que la que entraña mayores problemas interpretativos es la segunda, ya que los términos seguridad, salubridad y ornato son conceptos jurídicos indeterminados, que carecen de una definición tanto normativa como jurisprudencial. Sin embargo, constituyen el fundamento jurídico de la conservación, la cual viene motivada por dichas razones de seguridad, salubridad y ornato, para evitar, como señaló la STS de 1 de julio de 2002 (Rec. 7088/1998), los riesgos para la seguridad de las personas, los atentados a la salud e higiene y la preservación de la «imagen pública». A estos tres conceptos se añade el de la «accesibilidad universal», que, como señala IGLESIAS GONZÁLEZ, «es una sencilla generalización del requisito de accesibilidad que ya se exigía, dentro de los requisitos relativos a la funcionalidad, en la LOE (art. 3.1)»⁵⁹.

Ahora bien, este deber legal de conservación tiene un límite que vendrá determinado por el valor actual de la construcción de que se trate, de manera que los propietarios no vendrán obligados a costear las obras que superen «la mitad del valor actual de construcción de un inmueble de nueva planta, equivalente al original, en relación con las características constructivas y la superficie útil, realizado con las condiciones necesarias para que su ocupación sea autorizable o, en su caso, quede en condiciones de ser legalmente destinado al uso que le sea propio» (art. 15 TRLSRU).

Pero, además, el deber de conservación cesará cuando se produzca la ruina de la edificación. Así lo ha señalado el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, por entender que la procedencia de la demolición del inmueble es incompatible con el deber de conservación del mismo⁶⁰. Sin embargo, esta afirmación se quiebra en aquellos supuestos en los que nos encontramos ante un bien protegido, cuya preservación es incuestionable y, por tanto, su demolición no es una consecuencia directa e inmediata de su declaración de ruina⁶¹.

2. EL DEBER DE CONSERVACIÓN REGULADO EN LA NORMATIVA DE PATRIMONIO HISTÓRICO

Partiendo de lo dispuesto en el artículo 36.1 de la LPHE, «los bienes integrantes del Patrimonio Histórico español deberán ser conservados, mantenidos y custodiados por sus propietarios o, en su caso, por los titulares de derechos reales o por los poseedores de tales bienes»⁶².

Como señala BARRERO, se trata de un deber que se asienta sobre conceptos jurídicos indeterminados, ya que comprende una obligación de mantenimiento de los bienes en atención al estado que requiera la conservación de su «valor cultural», con el fin de garantizar su integridad y evitar la

pérdida del mismo. Eso incluye, como ha señalado alguna ley autonómica específicamente, «no destinarlo en ningún caso a usos y actividades que pongan en peligro la pervivencia de los valores que hacen de él un bien perteneciente al patrimonio cultural, histórico y artístico»⁶³. Se ha considerado, por tanto, como un deber de conservación agravado que complementa al que se prevé en la legislación urbanística⁶⁴.

No obstante, parece que, en lo esencial, este deber no se separa en absoluto del tradicional que se recoge en la legislación urbanística y que, como se ha visto, queda formalmente vinculado a los principios de seguridad, salubridad, accesibilidad universal y ornato, que deben respetarse en todo tipo de edificaciones y construcciones⁶⁵. Ahora bien, el hecho de tratarse de bienes protegidos añade una fundamentación adicional a la ya vista, que consiste en el interés público cualificado que ostentan dichos bienes, y que hace que la necesidad de su conservación vaya más allá de los objetivos recogidos en la legislación civil o urbanística, ya que lo que se protege, especialmente, es el aspecto cultural que los caracteriza⁶⁶. Por tanto, se podría afirmar que el deber de conservación establecido para los bienes culturales complementa, de alguna manera, el impuesto por la ordenación urbanística⁶⁷.

El deber de conservación de los inmuebles protegidos implica un mantenimiento de los mismos, que permita el cumplimiento de su función social⁶⁸, lo que engloba tanto la prohibición de llevar a cabo actuaciones que puedan ponerlos en peligro, como la realización «de todas aquellas obras que sean necesarias para que el interés público que revisten estos bienes resulte protegido sin entrar en diferenciaciones en función del carácter ordinario o extraordinario de las mismas»⁶⁹.

Por último, en lo que se refiere a los titulares de este deber de conservación, parece que, de conformidad con esta normativa, serán únicamente los propietarios (o titulares de derechos reales sobre los mismos), sin que pueda exigirse a las Administraciones públicas una contribución económica para sufragar los gastos que deriven de dicha conservación. Como hemos visto, esta obligación deriva del cumplimiento de la función social de la propiedad y, por tanto, no resultaría indemnizable⁷⁰. Todo ello, sin perjuicio de lo que se señalará más adelante.

Se diferenciaría así nuestro sistema del modelo francés, en el que los bienes declarados en una categoría equivalente a nuestros BIC no suponen ningún coste económico para los propietarios, que, muy al contrario, se ven favorecidos por una serie de ayudas (no solo de tipo económico) para contribuir a la conservación de los bienes⁷¹.

Ahora bien, como ha señalado algún autor⁷², existen serias dudas de que se pueda exigir a los propietarios un deber de conservación, cuando el edificio en cuestión se encuentra en situación de ruina y la demolición del mismo no es posible debido a su protección.

3. LA RESPONSABILIDAD CONCURRENTE DE LA ADMINISTRACIÓN POR LA FALTA DE CONSERVACIÓN DE LOS BIENES CULTURALES

Tal y como venimos diciendo, parece claro que, en nuestro Derecho, el deber de conservación es una obligación que deriva del derecho de propiedad de un bien y, por tanto, le corresponde en exclusiva al propietario o al titular de un derecho real sobre el mismo. Ahora bien, en caso de incumplimiento de ese deber de conservación, sin perjuicio de la responsabilidad que recaería sobre el titular de dicho bien, cabría pensar que la Administración bajo cuya tutela se encuentra, podría ser, de alguna manera, corresponsable del deterioro producido en el mismo, como consecuencia de la falta de adopción de las medidas de conservación necesarias.

Este planteamiento se sustenta en el hecho de que la ley atribuye expresamente a la Administración la potestad para exigir el cumplimiento del deber de conservación⁷³. Es más, dispone de los medios de ejecución subsidiaria previstos en la ley para llevar a cabo, ella misma, las obras necesarias para evitar la degradación de un bien ante la pasividad de los obligados a ello⁷⁴. Además, no hay que olvidar que el artículo 46 de la Constitución impone a todos los poderes públicos la obligación de garantizar la conservación de los bienes culturales⁷⁵.

Desde este punto de vista, por ejemplo, se ha llegado a considerar que la aparición de un supuesto de ruina que afecte a un bien integrante del patrimonio histórico, supone una constatación del fracaso de las medidas preventivas y correctoras recogidas en la propia Ley para evitar que tal hecho llegue a producirse⁷⁶.

Ahora bien, este deber subsidiario de la Administración solo puede ser exigido, en los casos en los que haya tenido conocimiento del mal estado en el que se encuentra un determinado inmueble, como consecuencia del incumplimiento del deber de conservación por parte de los obligados a ello, lo cual, en ocasiones, se presentará como algo sumamente complicado⁷⁷.

En todo caso, esta posible responsabilidad de la Administración por la falta de conservación de un inmueble protegido, es perfectamente compatible con la posibilidad de que la Administración pueda contribuir económicamente al mantenimiento del bien, antes de que se produzca un deterioro mayor del mismo, como ahora veremos.

4. SOBRE LA EXISTENCIA DE UNA POSIBLE INDEMNIZACIÓN DERIVADA DE LA CONSERVACIÓN DE UN BIEN PROTEGIDO

Ha quedado claro que el deber legal de conservación de los edificios y construcciones deriva de la función social de la propiedad reconocida

constitucionalmente y, por tanto, es una obligación que corresponde, en exclusiva, a los propietarios (o titulares de derechos reales sobre dichos bienes), hasta el límite legalmente establecido. Ahora bien, lo que debemos preguntarnos es qué ocurre cuando existe una necesidad de conservación de un determinado inmueble, que va más allá de ese límite impuesto por la ley, por ejemplo, en el caso de los bienes protegidos.

A este respecto, el apartado b) del artículo 48 del TRLSRU señala que son indemnizables «las vinculaciones y limitaciones singulares que excedan de los deberes legalmente establecidos respecto de construcciones y edificaciones, o lleven consigo una restricción de la edificabilidad o el uso que no sea susceptible de distribución equitativa».

A la vista de este artículo, parece claro que el deber de conservación «extra» que recae sobre un bien protegido por sus valores históricos, artísticos, arquitectónicos, etc., no puede ser soportado exclusivamente por el propietario o titular del mismo, en la medida que excede del límite de la conservación impuesto por la Ley. Más bien cabría deducir que dicho deber pasará a recaer sobre la colectividad, teniendo en cuenta que lo que motiva su especial conservación es, precisamente, el interés público que en él se contiene.

Así lo ha señalado nuestra jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 21 de septiembre de 2000 (Rec. 2095/1995), al indicar que el deber de conservación «no puede ir más allá de las debidas condiciones ordinarias de seguridad, salubridad y ornato públicos, es decir, de mantenimiento de los edificios seguros, sanos y decentes; todo lo que exceda de esa medida no cabe en el deber de conservación. En concreto, la exigencia del ornato público no puede ser entendida como obligación de los propietarios de mantener a su costa el valor histórico o artístico de los edificios (que, en cuanto valores sociales, deben ser a cargo de la sociedad) sino de que se cumplan en ellos las normales exigencias estéticas».

Ahora bien, será preciso determinar el alcance de esa vinculación singular, para conocer si el referido deber de conservación excede del exigido al propietario y, por tanto, da derecho a la indemnización correspondiente. A este respecto, es muy significativa la STS de 7 de julio de 2015 (Rec. 3659/2013) que, recogiendo una doctrina ya consolidada⁷⁸, señala que «para constatar si un plan urbanístico impone o no una vinculación singular indemnizable, la evaluación o comparación no ha de hacerse con relación a planeamientos urbanísticos anteriores, sino de forma objetiva, tomando como referencia el límite legal del deber normal de conservación por un lado, y, por otro, el tratamiento que ese planeamiento otorga a los terrenos del entorno urbano más inmediato, en relación, todo ello, con el resultado de la actividad probatoria llevada a cabo».

Pues bien, a la vista de lo anterior se ha afirmado que, en aquellos casos en los que la conservación de los bienes protegidos exceda del límite del deber legal establecido, estaríamos ante una vinculación singular y, por tanto, habría lugar a una indemnización a favor de sus titulares⁷⁹.

No obstante, es preciso matizar la afirmación anterior en el sentido de que solo se producirá una vinculación singular, cuando la limitación sobre la propiedad proceda de la ordenación territorial o urbanística, y no de otras normativas como, por ejemplo, la relativa al patrimonio histórico. Así se desprende de la STS 1654/2018, de 22 de noviembre (Rec. 3719/2017), que establece tres requisitos para que pueda reconocerse una indemnización por vinculación singular: en primer lugar, que la ordenación urbanística suponga una restricción en el aprovechamiento; en segundo lugar, que sea imposible compensar dicha restricción mediante la técnica de la distribución equitativa; y, por último, que exista una limitación singular, en relación con los demás inmuebles situados en el entorno.

Finalmente, en lo referente a cuál ha de ser la Administración que debe hacer frente a la indemnización (cuando así proceda), la citada STS 1654/2018 ha sido clara al señalar que la responsabilidad será solidaria para todas las Administraciones públicas que hayan participado en la aprobación del instrumento urbanístico que impone la limitación. En este sentido, indica el Tribunal Supremo que el planeamiento responde a un «procedimiento bifásico» en el que existe una concurrencia entre varias Administraciones públicas en su aprobación (municipio y comunidad autónoma), por lo que la responsabilidad debe ser solidaria para todas ellas, de manera que si una hace frente a la deuda en solitario podrá repetir contra las demás que hayan causado el daño.

5. EL DEBER DE CONSERVACIÓN EN EL ÁMBITO DE UN CONJUNTO HISTÓRICO

A) Delimitación conceptual y régimen jurídico aplicable a los Conjuntos Históricos

Tenemos que remontarnos al Real Decreto Ley de 9 de agosto de 1926 relativo al «Tesoro Histórico Artístico Arqueológico Nacional», para encontrar la primera alusión que se recoge en nuestro ordenamiento jurídico a los Conjuntos Históricos. Así, el artículo 2 de esta disposición señala que, además de los Monumentos, se podrán declarar «las edificaciones o conjuntos de ellas, sitios y lugares de reconocida y peculiar belleza, cuya protección y conservación sean necesarias para mantener el aspecto típico, artístico y pintoresco característico de España, siempre que así se haya declarado o en lo sucesivo se declare por el Ministerio de Instrucción Pública y Bellas

Artes». Por tanto, esta norma se anticipa, incluso, al reconocimiento de los Conjuntos Históricos que, en el plano internacional, se realizó con la Carta de Atenas en 1931.

En la actualidad, la definición de Conjunto Histórico viene recogida en el artículo 15.3 LPHE, que lo define como «la agrupación de bienes inmuebles que forman una unidad de asentamiento, continua o dispersa, condicionada por una estructura física representativa de la evolución de una comunidad humana por ser testimonio de su cultura o constituir un valor de uso o disfrute para la colectividad». Pero también entra dentro de esta categoría «cualquier núcleo individualizado de inmuebles comprendidos en una unidad superior de población que reúnan esas mismas características y puedan ser claramente delimitados».

Por tanto, el Conjunto Histórico se puede referir tanto a una población perfectamente delimitada, como a una concreta parte de la misma y, además, el asentamiento podrá ser continuo o disperso. Esto hace que, en la práctica, nos podamos encontrar con casos de Conjuntos Históricos superpuestos como, por ejemplo, ocurre en Madrid con el conjunto de edificios que conforman la Puerta del Sol, que, habiendo sido declarados en esta categoría, se encuentran, a su vez, enclavados en un Conjunto Histórico más amplio como es la Villa de Madrid⁸⁰.

Por otra parte, de la definición legal contenida en este artículo 15.3 se podrían destacar otros dos elementos fundamentales, que van a conformar esta categoría de bienes del patrimonio histórico. En primer lugar, como señala BARRERO, la referencia a «una estructura física representativa de la evolución de una comunidad humana», implica que no se prestará atención únicamente a un conjunto de edificios que, por su singularidad o características especiales, merecen una adecuada protección, sino también a la configuración física de los mismos sobre el territorio o, lo que es lo mismo, a la «trama urbana» en la que se incardinan. Y, por otro lado, el requisito de que dicho conjunto de bienes sea un testimonio de la cultura o constituya «un valor de uso o disfrute para la colectividad», lo cual supone una manifestación de una específica forma de vida en un periodo concreto de la evolución de la civilización humana y, por tanto, supone una muestra representativa del mismo⁸¹.

En todo caso, para llevar a cabo una adecuada delimitación del concepto de Conjunto Histórico, es preciso acudir a los distintos tratados internacionales ratificados por España. En este sentido, ya señalábamos al principio la definición recogida en la Convención sobre protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de 16 de noviembre de 1972, que contemplaba a los Conjuntos Históricos como aquellos «grupos de construcciones aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, el arte o la ciencia» (art. 1).

Asimismo, el Coloquio de Quito, celebrado el 11 de marzo de 1977, definía los «Centros Históricos» como «todos aquellos asentamientos humanos vivos, fuertemente condicionados por una estructura física proveniente del pasado, reconocibles como representativos de la evolución de un pueblo» (Conclusión núm. 1).

Por otra parte, en el seno del Consejo de Europa, habría que destacar la Declaración de Ámsterdam sobre el Patrimonio Arquitectónico, aprobada el 25 de octubre de 1975, que acoge la Carta Europea del Patrimonio Arquitectónico, aprobada el 26 de septiembre del mismo año, y que incluye dentro del concepto de patrimonio arquitectónico «no solo edificios individuales de excepcional calidad y sus entornos, sino también todas las áreas de ciudades o pueblos de interés histórico o cultural». Y, más específicamente, la Convención para la salvaguardia del Patrimonio Arquitectónico, aprobada en Granada en 1985 y ratificada por España cuatro años después, donde se definen los Conjuntos Históricos como «grupos homogéneos de construcciones urbanas o rurales relevantes por su interés histórico, arqueológico, artístico, científico, social o técnico, y suficientemente coherentes como para ser objeto de una delimitación topográfica» (art. 1.2).

El surgimiento de la preocupación por los Conjuntos Históricos se produce como reacción frente a las corrientes urbanísticas del siglo XIX, que, como señala BASSOLS, «no atendió suficientemente y desde una perspectiva global los valores histórico-culturales que concurrían en las ciudades en el momento, a partir del cual se produjo o se hizo sensible el proceso de industrialización y de urbanización». Sin embargo, como ya señalamos en epígrafes anteriores, esta preocupación se centró, al menos en un inicio, en elementos singulares, olvidándose de los Conjuntos como «símbolos de identidad» de la comunidad urbana construida a lo largo de muchos siglos⁸².

Será, por tanto, a lo largo del siglo XX y, especialmente, tras la Segunda Guerra Mundial, cuando esa preocupación por los Centros Históricos se traducirá en una serie de normas protectoras, que irán modificando la imagen tradicional del patrimonio histórico, considerado como un conjunto de elementos singulares de valor superior, pasando a incorporar el concepto de «bien cultural», como manifestación de la herencia de un pueblo en todas sus dimensiones posibles.

Por lo que se refiere a nuestro ordenamiento jurídico, sin perjuicio de la evolución histórica a la que ya tuvimos ocasión de referirnos anteriormente, es la vigente LPHE de 1985 la que contiene una serie de medidas que configuran el régimen jurídico actual de los Conjuntos Históricos⁸³. Como veremos, estas medidas están íntimamente relacionadas con los instrumentos urbanísticos previstos en la legislación correspondiente, por lo que no pueden ser entendidas sin ponerlas en relación con los mismos.

El artículo 21.3 de la LPHE establece el marco de actuación en el que deberán moverse las intervenciones que pretendan llevarse a cabo en el interior de los Conjuntos Históricos. A este respecto, dicho artículo establece que:

«La conservación de los Conjuntos Históricos declarados Bienes de Interés Cultural comporta el mantenimiento de la estructura urbana y arquitectónica, así como de las características generales de su ambiente. Se considerarán excepcionales las sustituciones de inmuebles, aunque sean parciales, y solo podrán realizarse en la medida en que contribuyan a la conservación general del carácter del Conjunto. En todo caso, se mantendrán las alineaciones urbanas existentes».

Se observa en este precepto una clara influencia de la Carta de Atenas de 1931, que recomendaba el mantenimiento del carácter y fisonomía de la Ciudad, cuidando especialmente del entorno de los Monumentos.

Ahora bien, como se verá en el epígrafe siguiente, el auténtico régimen jurídico de los Conjuntos Históricos vendrá establecido por los Planes Especiales, cuya redacción será obligatoria por parte de los ayuntamientos, y para los que se exigirá el informe favorable del órgano competente en materia de patrimonio histórico.

Precisamente a través de estos Planes se va a flexibilizar ciertamente el régimen de intervención en los Conjuntos Históricos ya que, como señala el artículo 21.2 de la LPHE, pueden permitir, de manera excepcional, remodelaciones urbanas, siempre que mejoren las relaciones con el entorno y eviten los usos degradantes para el propio Conjunto.

Esta previsión contenida en el artículo 21.2, está en clara sintonía con los postulados recogidos en la Carta internacional para la salvaguarda de la ciudad histórica, aprobada en Washington en octubre de 1987, que vino a completar la Carta de Venecia de 1964 en lo relativo a los Conjuntos Históricos. Dos de los principios fundamentales adoptados en Washington fueron: por un lado, reforzar la idea de la participación ciudadana en la labor de salvaguarda y conservación de la ciudad; y, en segundo lugar, tratar de encontrar un equilibrio en la polémica tradicional entre conservación-restauración, señalando entre sus principios y objetivos que «las intervenciones en las poblaciones y áreas urbanas históricas deben realizarse con prudencia, método y rigor, evitando todo dogmatismo y teniendo siempre en cuenta los problemas específicos de cada caso particular» (Objetivo núm. 4)⁸⁴.

Ya se apunta, por tanto, en la Carta de Washington, el inicio de ese cambio de criterio que resulta hoy tan importante en nuestras ciudades, y que supone la posibilidad de llevar a cabo remodelaciones en las ciudades históricas, que, manteniendo su composición y fisonomía tradicional, permitan adaptarlas a las condiciones de vida de sus actuales habitantes⁸⁵.

A este respecto, es interesante la reflexión que ya en 1986 realizaban GARCÍA ESCUDERO y PENDÁS GARCÍA sobre el «acertado tratamiento de las remodelaciones urbanas y de la sustitución de inmuebles». Indicaban estos autores, que «no se trata, en efecto, de conservar a ultranza, pues no es una política pasiva de protección del patrimonio lo que exigen los tiempos actuales; se pretende, más bien, que las innovaciones sean positivas, y, para ello, el plan podrá permitir la introducción de novedades que, sin alterar el valor histórico procedente del pasado, proyecten el Conjunto Histórico hacia el futuro»⁸⁶.

En términos parecidos, el profesor MOYA GONZÁLEZ señaló que «cualquier intervención en un tejido existente debe tener como prioridad la mejora de las condiciones físicas de la población que lo habita y la búsqueda de su permanencia, pues forman parte indisoluble del continente que la aloja»⁸⁷.

En cualquier caso, mientras no se apruebe el referido Plan Especial o instrumento de planeamiento equivalente, el otorgamiento de las licencias precisará de la autorización previa del órgano competente en materia de patrimonio histórico. Y, en todo caso, «no se permitirán alineaciones nuevas, alteraciones en la edificabilidad, parcelaciones ni agregaciones» (art. 20.3 LPHE).

B) La conservación de los Conjuntos Históricos a través de los planes de protección

Como hemos visto, de la declaración de un Bien de Interés Cultural se derivan una serie de efectos urbanísticos, como es la obligación para el municipio o municipios en que se encontraren de redactar un plan especial de protección del área afectada por la declaración u otro instrumento de planeamiento equivalente⁸⁸. De conformidad con el artículo 20 de la LPHE:

- Este Plan establecerá la prioridad de instalación de los usos públicos en los edificios y espacios que sean aptos para ello.
- Señalará áreas de rehabilitación integrada para permitir la recuperación de las zonas residenciales y de las actividades económicas adecuadas.
- Contendrá los criterios relativos a la conservación de fachadas y cubiertas, así como de las instalaciones sobre las mismas.

Además, como ya se ha dicho, los planes especiales de protección podrán permitir, excepcionalmente, remodelaciones urbanas siempre que «impliquen una mejora de sus relaciones con el entorno territorial o urbano o eviten los usos degradantes para el propio Conjunto» (art. 21.2 LPHE).

En este sentido, la profesora ALONSO IBÁÑEZ señala, que «los instrumentos de intervención en los Conjuntos Históricos no deben limitarse a la pura conservación pasiva de su valor cultural, sino que tienen que traducirse en una eficaz operación de recuperación y revitalización del patrimonio inmobiliario allí existente, manteniendo su tejido social, dándole una función efectiva en la realidad conjunta de la ciudad»⁸⁹.

No obstante, estas remodelaciones urbanas están sujetas a una serie de limitaciones contenidas en el artículo 21.3 LPHE, en virtud del cual se debe mantener la estructura urbana y arquitectónica, «así como las características generales de su ambiente» y, en todo caso, las alineaciones urbanas existentes⁹⁰.

Por otra parte, una vez que se haya aprobado definitivamente el Plan, los ayuntamientos en los que radiquen los bienes serán los competentes para autorizar directamente las obras que se promuevan en los mismos, siempre que no afecten a Monumentos ni Jardines Históricos (art. 20.4 LPHE)⁹¹. Ahora bien, hasta la aprobación definitiva, el otorgamiento de licencias o la ejecución de las otorgadas antes de incoarse el expediente, precisará la resolución favorable de la Administración competente para la protección de los bienes afectados (art. 20.3 LPHE).

En cualquier caso, no podrán otorgarse licencias para la realización de obras que, conforme a lo previsto en la LPHE, requieran una autorización administrativa y no haya sido concedida (art. 23.1 LPHE)⁹².

Es importante resaltar, que estos planes especiales de protección no precisan para su aprobación de la existencia previa de un plan general en el municipio en cuestión. Precisamente, una de las ventajas de esta figura de planeamiento, tal y como aparece prevista en la LPHE, es la de su independencia frente a otras figuras de planeamiento previstas en la ley⁹³.

Puede ocurrir, no obstante, que la protección a la que se refiere la LPHE no se lleve a cabo a través de un plan especial de protección, sino mediante otro instrumento urbanístico. A estos efectos, corresponde dilucidar a qué se está refiriendo el artículo 20 de la LPHE con la expresión «otro instrumento de planeamiento de los previstos en la legislación urbanística que cumpla en todo caso las exigencias en esta Ley establecidas».

Atendiendo a las distintas normas urbanísticas de las comunidades autónomas nos encontramos que, con diferente denominación, los planes especiales cumplen diversos cometidos, tales como la definición, ampliación o protección de elementos integrantes de redes públicas de infraestructuras, equipamientos y servicios; la conservación, protección y rehabilitación del patrimonio histórico; la conservación, protección, rehabilitación o mejora del medio urbano o rural; la protección de ambientes, espacios, perspectivas y paisajes urbanos y naturales; así como cualquier otro que pueda establecerse (véase, por ejemplo, el art. 50 LSCM).

Pues bien, cabría entender que cada uno de estos instrumentos persigue regulaciones diferentes y, por tanto, su contenido no debería mezclarse, con el fin de evitar confusiones. Siendo así, parece que el único instrumento urbanístico que encajaría con la previsión contenida en el citado artículo 20.1 de la LPHE, sería el de los planes especiales que tuvieran por objeto la conservación, protección y rehabilitación del patrimonio histórico artístico, cultural, urbanístico y arquitectónico, de conformidad, en su caso, con la legislación de patrimonio histórico⁹⁴.

Ahora bien, cabría también la posibilidad de que el plan general del municipio correspondiente incluyera determinaciones específicas en materia de conservación, protección y rehabilitación del patrimonio histórico, y que, por tanto, concurriese en él la condición de plan especial de protección, a los efectos del citado artículo 20.1 de la LPHE. Tal previsión se recoge en algunas normas autonómicas como, por ejemplo, en la Ley 3/2013, de 18 de junio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid (en adelante, LPHCM), cuyo artículo 26.1 señala que los municipios en los que haya una declaración de Conjunto Histórico como BIC, «podrán redactar un plan especial de protección del área afectada por la declaración o incluir en su planeamiento general determinaciones de protección suficientes a los efectos de esta ley»⁹⁵.

Por tanto, se podría concluir señalando, que la necesidad de aprobación de un plan especial de protección viene impuesta no solo por imperativo legal, sino, también, por la propia realidad de los Conjuntos Históricos, que requieren para su pervivencia de una cierta agilidad por parte de los poderes públicos en la toma de decisiones relativas a su correcta conservación, teniendo en cuenta que, en muchas ocasiones, dichos Conjuntos precisan de ciertas actuaciones de remodelación. En este sentido se ha pronunciado la STSJ de Cantabria de 5 de septiembre de 1997 (Rec. 1501/1995), confirmada posteriormente por la STS de 29 de enero de 2002 (Rec. núm. 8886/1997), la cual reconoce expresamente que «en tanto no se apruebe el Plan Especial, las posibilidades de intervención en los inmuebles integrantes del conjunto son mínimas, y solo pueden consentirse, siempre que no transgredan las prohibiciones fijadas en los preceptos transcritos, previa evaluación y motivación, que deviene un requisito fundamental, de que la actuación singular se encamina a la conservación o mejora del Conjunto».

Por último, en lo que se refiere a la posibilidad de que el plan especial de protección abarque una superficie más extensa que el propio Conjunto Histórico declarado, parece que, en una primera aproximación, a la vista de lo previsto en el artículo 20.1 de la LPHE, esto no sería posible, ya que dicho precepto se refiere específicamente al «área afectada por la declaración». Sin embargo, coincidimos con BASSOLS en que ésta es una interpretación

demasiado rígida, ya que debe considerarse que los postulados previstos en la LPHE, en cuanto ley especial, deben respetarse por la normativa urbanística en cuanto contenido mínimo, pero si esta normativa va más allá que aquélla, nada impide que pueda ser aplicada de manera complementaria. En este sentido, el plan especial podrá contener una superficie mayor que el propio Conjunto Histórico, si bien lo que exceda del mismo no estará sometido a las prescripciones derivadas de su declaración como bien integrante del patrimonio histórico, según la legislación aplicable⁹⁶.

C) La aplicación de las vinculaciones singulares a los Conjuntos Históricos

Como hemos tenido ocasión de comprobar, la vinculación singular solo se produce cuando la limitación sobre la propiedad procede de la ordenación territorial o urbanística, y no de otras normativas como, por ejemplo, la relativa al patrimonio histórico⁹⁷. Pero, además, es necesario que exista como tal una limitación singular, en relación con los demás inmuebles situados en el entorno.

Esto significa, en definitiva, que solo serán indemnizables aquellas limitaciones que vengan establecidas en los Catálogos de bienes y espacios protegidos y que afecten a los inmuebles de manera individualizada, dejando fuera, por tanto, a los bienes situados en el interior de un Conjunto Histórico, que carezcan de una protección adicional e individualizada que se refleje en dicho Catálogo.

Esta exclusión no resulta muy acertada, desde nuestro punto de vista, ya que, como hemos visto, estos bienes se encuentran igualmente afectados por unas prescripciones, especialmente en materia de conservación, que no alcanzan a los inmuebles situados fuera de los Conjuntos Históricos. En este sentido, parecería lógico reconocer a los titulares de dichos bienes algún tipo de compensación económica, con el fin de ayudarles en el mantenimiento de los mismos, en atención a ese deber de conservación agravado que se les ha impuesto.

III. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO INSTRUMENTO NECESARIO PARA GARANTIZAR LA CONSERVACIÓN DE LOS BIENES CULTURALES

En relación con el Registro de la Propiedad y su posible función en la protección y conservación de los bienes culturales, tan solo encontramos tres referencias en la vigente LPHE. Dos de ellas se refieren a la obligación de inscribir y una a la de no hacerlo.

Concretamente, el artículo 12.3 señala que la declaración como bien de interés cultural de un Monumento o de un Jardín Histórico, implicará la necesidad de que por el órgano competente se inste la inscripción gratuita en el Registro de la Propiedad.

Por su parte, el artículo 36.6 dispone la necesidad de inscribir en el Registro de la Propiedad las ayudas que, con carácter de anticipo reintegrable, se hayan concedido a los propietarios o titulares de derechos reales sobre bienes de interés cultural, para la conservación de los mismos.

Por último, el artículo 38.4 prohíbe a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles la inscripción de aquellos documentos por los que se transmite la propiedad o cualquier otro derecho real sobre un bien de interés cultural, sin que se acredite previamente el cumplimiento de los requisitos previstos en dicho artículo, relativo a los derechos de tanteo y retracto que corresponden a la Administración sobre estos bienes.

Pues bien, como se puede apreciar, esta regulación resulta a todas luces insuficiente para garantizar, tanto la seguridad jurídica de los particulares en la transmisión de derechos reales sobre todos los bienes pertenecientes al patrimonio histórico, como para la propia protección y conservación del mismo.

En primer lugar, porque, tal y como señala JEREZ DELGADO⁹⁸, la obligatoriedad de la inscripción en el Registro de la Propiedad debería extenderse a la totalidad de los bienes de interés cultural y no solo a los Monumentos y a los Jardines Históricos⁹⁹. Pero, además, debería incluir la zona afectada por la declaración y no solo el bien declarado en cuestión.

Por nuestra parte, consideramos que no se deberían contemplar únicamente los bienes declarados en la primera categoría de protección, sino también los incluidos en el Inventario o en las categorías equivalentes contempladas por las distintas comunidades autónomas. En definitiva, se debería proceder a la inscripción en todos los inmuebles afectados por una protección específica derivada de la normativa reguladora del patrimonio histórico, ya sea estatal o autonómica. Solo de esa manera se garantizaría la adecuada seguridad jurídica del futuro adquirente y, consecuentemente, una completa protección y conservación del bien.

Asimismo, no parece lógico tampoco que la inscripción se circunscriba al momento en el que se ha hecho efectiva la declaración de un bien de interés cultural, cuando ya desde su incoación se derivan derechos y deberes para sus titulares, contando el bien con el mismo régimen de protección que si ya hubiese sido declarado¹⁰⁰. En este sentido, consideramos que resulta imprescindible practicar en el Registro de la Propiedad la correspondiente anotación preventiva, mientras dura el procedimiento de declaración.

Así lo han entendido la mayor parte de las comunidades autónomas que, sin duda, han tratado de mejorar las previsiones recogidas en la legislación

estatal, mediante la ampliación de los distintos supuestos de hecho que en la práctica nos encontramos. En este sentido, más de un tercio de las autonomías han extendido la inscripción obligatoria a todos los inmuebles y no solo a los Monumentos y Jardines Históricos¹⁰¹, mientras que otras lo han hecho solo a alguna de las otras categorías protegidas¹⁰².

De la misma manera, ha habido algunas comunidades autónomas que no se han conformado únicamente con la inscripción de la declaración definitiva, y han previsto también la anotación preventiva de la incoación de un bien de interés cultural¹⁰³. Y, por último, nos encontramos con algunas comunidades autónomas, que extienden la inscripción en el Registro de la Propiedad a otros inmuebles declarados en alguno de los restantes niveles de protección¹⁰⁴.

Lo cierto es que el Registro de la Propiedad, en cuanto institución que sirve de puente entre el derecho público y el derecho privado (JEREZ DELGADO, 2011, 15), como así se ha constatado en el derecho urbanístico, podría ser de gran utilidad para garantizar la conservación de todos los bienes culturales, no solo de los Monumentos y de los Jardines Históricos.

Así lo puso de manifiesto también VIGIL DE QUIÑONES OTERO¹⁰⁵, con motivo de su análisis acerca de la problemática de la información registral en relación con las cargas de origen legal. Así, frente a la regla general en virtud de la cual «el Registro únicamente debe recoger las cargas que, según el título, condicionen el derecho inscrito (art. 51.6 RH), es decir, las de origen negocial», este autor propone que se reflejen también las cargas legales, es decir, aquellas que derivan de la aplicación de una determinada ley, como ocurre en el supuesto de los bienes culturales afectados a algún tipo de protección, y sobre los cuales surgen una serie de deberes de conservación a cargo de sus respectivos titulares.

Esto resulta evidente en el caso de los Conjuntos Históricos, en los que la extensión de la declaración abarcará a un número amplísimo de inmuebles, que no van a tener, necesariamente, el mismo valor artístico, histórico o cultural si son analizados de manera individualizada, pero que, sin embargo, sí van a gozar del mismo régimen de protección al formar parte de ese Conjunto. En estos casos, los deberes de conservación agravados que corresponden a los titulares de dichos bienes van a ser los mismos, ya que irán dirigidos, en todo caso, a la preservación de las características y particularidades presentes en el Conjunto. No parece lógico, desde este punto de vista, que el nuevo adquirente de un bien enclavado en el referido Conjunto, no obtenga del Registro de la Propiedad toda la información relativa al mismo, teniendo que acudir al registro del Ministerio de Cultura o a los existentes en las distintas comunidades autónomas, para saber si el inmueble que se dispone a adquirir tiene algún régimen específico de protección.

Lo mismo podría predicarse con respecto a las Zonas Arqueológicas, en las que los inmuebles o solares van a venir lastrados por una serie de cautelas de índole arqueológica (o, en su caso, paleontológica) que, en algunos supuestos, impedirán su construcción bajo rasante y, en determinadas ocasiones, también en la superficie.

Es cierto que, como hemos señalado, existe un Registro General dependiente de la Administración del Estado, que se encuentra previsto en el artículo 12 de la LPHE, en el que se deben inscribir todos los bienes de interés cultural que hayan sido declarados. Igualmente, las leyes de las distintas comunidades autónomas prevén la existencia de registros similares para los bienes declarados dentro de su ámbito, los cuales estarán coordinados con el referido Registro General. Sin embargo, como ha señalado JEREZ DELGADO, «el Registro General es un mero registro administrativo, mientras el Registro de la Propiedad es un registro cuya publicidad surte efectos en el plano del Derecho sustantivo, de tal forma que se protege al tercero que confía en lo publicado por él»¹⁰⁶.

Es evidente que el Registro de la Propiedad no tiene como finalidad directa garantizar la conservación de los bienes culturales, ya que su función es otra. Pero, lógicamente, al proporcionar al nuevo adquirente la información relativa a la calificación del inmueble como bien cultural, además de la necesaria seguridad jurídica, le está dotando del conocimiento necesario para saber cuáles son las concretas condiciones de conservación y protección del inmueble en cuestión, y con ello evitará acciones futuras que puedan poner en peligro la integridad del bien o la preservación de sus valores superiores.

Por tanto, parece lógico pensar que sería deseable que las actuales previsiones establecidas en la LPHE con respecto a los Monumentos y Jardines Históricos, se extendieran al resto de bienes culturales inmuebles, en sus diversas categorías de protección.

Asimismo, resulta imprescindible, como de hecho se ha recogido por algunas comunidades autónomas, que la constancia en el Registro no se limite al momento en el que el inmueble en cuestión haya sido efectivamente declarado, sino que también se efectúe la anotación preventiva de la incoación del mismo, ya que durante este tiempo el bien está sometido a las mismas garantías que una vez declarado.

A este respecto, es preciso señalar que, desde el momento en el que se produce la incoación como Bien de Interés Cultural, ya se producen unos efectos directos para el inmueble en cuestión, como es la paralización de las «licencias municipales de parcelación, edificación o demolición en las zonas afectadas, así como de los efectos de las ya otorgadas» (art. 16.1 LPHE). En definitiva, tal y como señala el artículo 11.1 de la citada Ley, «la incoación de expediente para la declaración de un Bien de Interés Cultural determinará, en relación al bien afectado, la aplicación provisional

del mismo régimen de protección previsto para los bienes declarados de interés cultural».

Por último, la inscripción en el Registro de la Propiedad de todos los bienes inmuebles protegidos, en sus diversas modalidades previstas en las distintas leyes de patrimonio histórico, tiene una consecuencia directa muy importante para los propios registradores, en relación con los subsiguientes actos inscribibles sobre dichos inmuebles.

Pensemos, por ejemplo, en la posible declaración de obra nueva en un solar vacante en el interior de un Conjunto Histórico. Para estos casos, tanto la LPHE (art. 20.3) como las distintas leyes de patrimonio histórico de las comunidades autónomas, exigen que, mientras no se haya aprobado el correspondiente Plan Especial de Protección, las licencias otorgadas por los ayuntamientos precisen de la autorización previa del órgano competente en materia de patrimonio histórico, sin la cual, lógicamente, no se podría practicar la inscripción correspondiente. Pues bien, podría darse el supuesto de que, erróneamente, se hubiese otorgado licencia de construcción por un ayuntamiento, sin contar con la referida autorización, con la pretensión de que fuera inscrita la correspondiente obra nueva en el Registro de la Propiedad. En este caso, si en el inmueble en cuestión no figurase la inscripción correspondiente a su pertenencia a un Conjunto Histórico, se estaría privando al registrador de una información fundamental, que podría inducirle a cometer el error de practicar la referida inscripción sin contar con la citada autorización, por entender que la misma no es necesaria. Lo mismo se podría predicar en relación con los inmuebles afectados por una Zona Arqueológica o por un Sitio o Territorio Histórico.

En definitiva, cabría concluir señalando la importancia del Registro de la Propiedad en la conservación de los bienes culturales, en la medida en que la publicidad registral que se otorga a estos bienes permite conocer, con la debida seguridad jurídica, las particulares características que concurren en los mismos y, con ello, facilitar la articulación de las medidas necesarias para su protección y conservación.

IV. CONCLUSIONES

I. El deber de conservación genérico de los bienes inmuebles previsto en la normativa urbanística y que deriva de la propiedad de los mismos, coexiste con un deber de conservación agravado en el caso de aquellos inmuebles sometidos a algún tipo de protección, que procede de la normativa reguladora del patrimonio histórico, como consecuencia de su consideración como bienes de interés público.

II. A pesar de que el deber de conservación de los inmuebles recae sobre el propietario o titular de un derecho real sobre los mismos, existe una responsabilidad concurrente de la Administración en la medida en que a ella le corresponde garantizar el cumplimiento de dicho deber de conservación, pudiendo llevar a cabo las medidas de ejecución sustitutoria que estime pertinentes.

III. El deber de conservación agravado que recae sobre los bienes inmuebles protegidos, conlleva el derecho de los propietarios o titulares de un derecho real a obtener una indemnización o ayuda procedente de las Administraciones públicas, con el fin de sufragar los costes económicos que dicha conservación comporte, cuando los mismos excedan del deber legal de conservación previsto en la Ley y siempre que exista una vinculación singular.

IV. Para que exista una vinculación singular es necesario que la misma derive de un instrumento de ordenación urbanística, que limite las posibilidades de edificación o uso de un determinado bien en relación con los situados en su entorno próximo, o bien imponga un mayor deber de conservación, en atención a sus especiales características.

V. Las condiciones de la vinculación singular no se cumplen en el supuesto de los bienes inmuebles incluidos en el ámbito de un Conjunto Histórico, Sitio o Territorio Histórico o Zona Arqueológica, siempre que no cuenten, además, con una protección individualizada (por ejemplo, estar incluidos en el Catálogo de bienes y espacios protegidos o haber sido declarados, a su vez, como Monumento o en una segunda figura de protección). Sin embargo, es evidente que este tipo de inmuebles tiene unas exigencias de conservación agravadas, como consecuencia del valor cultural que en ellos concurre y, además, tiene unas limitaciones que exceden, lógicamente, de las de aquellas construcciones que no se encuentran enclavadas en el interior de esos espacios. Parecería razonable, por tanto, incluir estos inmuebles dentro del régimen de las vinculaciones singulares, previéndose para sus titulares las indemnizaciones correspondientes.

VI. El Registro de la Propiedad juega un papel fundamental en la conservación de los bienes inmuebles protegidos, en la medida en que en él se pone de manifiesto dicha circunstancia, previniendo, tanto a sus titulares como a los futuros adquirentes, de los derechos y deberes que recaen sobre los referidos bienes.

VII. Existe una regulación asimétrica entre el Estado y las comunidades autónomas, en relación con el tipo de bienes inmuebles protegidos con respecto a los cuales debe inscribirse su grado de protección. Así, en el Estado solo se contempla esta obligación para los Bienes de Interés Cultural declarados en las categorías de Monumento o Jardín Histórico. Por el contrario, una gran parte de comunidades autónomas prevén en su normativa la inscripción para todo tipo de inmuebles protegidos. Parece más acertada,

desde nuestro punto de vista, esta segunda postura, en la medida en que otorga una mayor seguridad jurídica a todos los titulares de algún derecho sobre un bien protegido, y no solo a aquellos que lo ostentan sobre un Monumento o Jardín Histórico.

VIII. La normativa estatal de patrimonio histórico solo prevé la inscripción en el Registro de la Propiedad de los inmuebles anteriormente mencionados, en el momento en el que se produce la declaración definitiva de los mismos. Sin embargo, parece lógico que también se practique la correspondiente anotación preventiva en el momento en el que se procede a la incoación de dichos bienes, ya que, a partir de entonces, gozan del mismo régimen de protección y conservación que si hubiesen sido declarados. Así lo han entendido una buena parte de las comunidades autónomas, previniéndolo en sus respectivas leyes de patrimonio histórico.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 122/2014, de 17 de julio (Rec. 5277/2013).
- STC 19/2012, de 15 de febrero (Rec. 1046/1999).
- STC 61/1997, de 20 de marzo (Rec. 2477, 2479, 2481, 2486, 2487 y 2488 de 1990).
- STC 17/1991, de 31 de enero (Rec. 830, 847, 850 y 858/1985).

2. TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO)

- STS 1654/2018, de 22 de noviembre (Rec. 3719/2017).
- STS de 7 de julio de 2015 (Rec. 3659/2013).
- STS de 14 de junio de 2012 (Rec. 543/2010).
- STS de 15 de diciembre de 2011 (Rec. 4941/2010).
- STS de 10 de octubre de 2011 (Rec. 3212/2008).
- STS de 18 de julio de 2006 (Rec. 1820/2003).
- STS de 4 de abril de 2003 (Rec. 8906/1999).
- STS de 1 de julio de 2002 (Rec. 7088/1998).
- STS de 29 de enero de 2002 (Rec. 8886/1997).
- STS de 31 de marzo de 2000 (Rec. 7790/1994).
- STS de 3 de febrero de 1997 (Ponente: SANZ BAYÓN).
- STS de 3 de octubre de 1986 (Ponente: ORTOLÁ NAVARRO).
- STS de 25 de junio de 1981 (Ponente: BOTELLA TAZA).
- STS de 27 de febrero de 1980 (Ponente: MARTÍN MARTÍN).

3. TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO)

- STSJ de Cantabria de 5 de septiembre de 1997 (Rec. 1501/1995).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABAD LICERAS, J.M. (1999). La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de patrimonio cultural histórico-artístico: soluciones doctrinales, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 55, Madrid, 133-184.
- (2001). Los problemas derivados de la ruina y posible demolición de inmuebles pertenecientes al patrimonio histórico, *Consultor inmobiliario: Revista mensual de actualidad para profesionales*, núm. 16, 13-30.
- ACEDO PENCO, A. y PERALTA CARRASCO, M. (2016). *El Régimen Jurídico del Patrimonio Cultural*, Madrid: Dykinson.
- ALEGRE ÁVILA, J.M. (1994). *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*, tomo I, Madrid: Ministerio de Cultura.
- ALONSO IBÁÑEZ, M.R. (1992). *El patrimonio histórico. Destino público y valor cultural*, Madrid: Civitas.
- (2005). *Los catálogos urbanísticos y otros catálogos protectores del patrimonio cultural inmueble*, Cizur Menor: Aranzadi.
- (1994). *Los Espacios Culturales en la ordenación urbanística*, Madrid: Marcial Pons.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.L. (1989). *Estudios sobre patrimonio histórico español*, Madrid: Ministerio de Cultura.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C. (1990). *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Madrid: Civitas.
- (2006). *La ordenación urbanística de los Conjuntos Históricos*, Madrid: Iustel.
- (1993). Los Conjuntos Históricos y el planeamiento de protección en la Comunidad Autónoma de Andalucía. *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 16, Sevilla, 84-109.
- BASSOLS COMA, M. (1990). Instrumentos legales de intervención urbanística en los centros y conjuntos históricos, *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 118, Madrid, 13-52.
- BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J. (2014). La conservación de los bienes culturales: deber de los propietarios y condiciones de restauración. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 291, Madrid, 173-186.
- (2010). Remodelaciones urbanas en conjuntos históricos y sus entornos. *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 76, Sevilla, 121-188.
- CALDERÓN ROCA, B. (2011). Las declaraciones de ruina en los edificios históricos desde la óptica de la historia del arte, *Atrio*, 17, Madrid, 119-132.
- CARIDE-TABARÉS SÁNCHEZ, P. (2016). Aproximación a un problema. Estudio de la jurisprudencia más actual de patrimonio histórico de la Comunidad Autó-

- noma de Madrid: deber de conservación y ruina, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 179, Madrid, 253-279.
- CLIMENT BARBERÁ, J. y BAÑO LEÓN, J.M. (coord.). (2002). *Nuevas perspectivas del régimen local: estudios en homenaje al profesor José M.ª Boquera Oliver*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DÍAZ LEMA, J.M. (1999). Las condiciones básicas de la propiedad y la legislación urbanística, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 8, Madrid, 51-87.
- ESPEJO CAMPOS, A. (2014). El deber de conservación tras la Ley de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas de 2013, *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 31, Tenerife, 71-72.
- FERNÁNDEZ, T.R. (1978). La legislación española sobre el patrimonio histórico-artístico: Balance de cara a su reforma, *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 60, 13-36.
- (2000). La ordenación urbanística de los Conjuntos Históricos: breve denuncia de los excesos al uso, *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 1, 1267-1279.
- GARCÍA ÁLVAREZ, G. (2013). Deber de conservación, ruina y rehabilitación, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 15, Zaragoza, 73-108.
- GARCÍA ESCUDERO, P. y PENDÁS, B. (1986). *El nuevo régimen jurídico del Patrimonio Histórico Español*, Madrid: Ministerio de Cultura.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1983). Consideraciones sobre una nueva legislación del Patrimonio artístico, histórico y cultural, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 39, 575-591.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, J. (2004). La Ley del Patrimonio Histórico de 1985: propuestas para una posible reforma, *Revista Administración De Andalucía*, núm. 54, Sevilla, 11-53.
- GARCÍA GARCÍA, M.J. (2000). *La conservación de los inmuebles históricos a través de técnicas urbanísticas y rehabilitadoras*, Pamplona: Aranzadi.
- GONZÁLEZ BOTIJA, F. (1997). El deber de conservación de los bienes inmuebles: comentarios al artículo 245 de la Ley del Suelo, *Revista General de Derecho*, núm. 630, Valencia, 1796-1819.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, I. (1999). *Conservación de Bienes Culturales: Teoría, Historia, Principios y Normas*. Madrid: Cátedra.
- HERNÁNDEZ TORRES, E. (2018). *Patrimonio histórico y Registro de la Propiedad*. Madrid: Reus.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, F. (2014). La regulación estatal del deber de conservación de inmuebles. *Ciudad y territorio: Estudios territoriales*, núm. 179, Madrid, 51-62.
- JEREZ DELGADO, C. (2011). Patrimonio histórico y seguridad jurídica, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXV, núm. 2136, 1-21.
- LAFUENTE BATANERO, L. (1998). El Consejo del Patrimonio Histórico, *Patrimonio cultural y derecho*, núm. 2, Madrid, 21-53.
- LÓPEZ JAÉN, J. (2011). Los centros históricos españoles entre la realidad y la legalidad, *Atrio*, núm. 17, Madrid, 14-24.
- MENÉNDEZ REXACH, A. (2014). El informe de evaluación de los edificios en la Ley 8/2013, *Ciudad y Territorio: estudios territoriales*, núm. 179, Madrid, 63-74.

- 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, Madrid, 75-79.
- MUÑOZ LLINÁS, J.I. (2020). La declaración de ruina en los Conjuntos Históricos. Madrid: *Revista de Derecho Urbanístico (RDU)*.
- PARADA VÁZQUEZ, R. (1992). *Derecho Administrativo*, t. III, Madrid: Marcial Pons.
- PAU PEDRÓN, A. (2005). *Cuatro ensayos sobre el Patrimonio Cultural Español*, Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- PÉREZ DE ARMIÑAN Y DE LA SERNA, A. (1997). Una década de aplicación de la Ley de Patrimonio Histórico Español, *Patrimonio cultural y derecho*, núm. 1, Madrid, 33-51.
- (1997). *Las competencias del Estado sobre el Patrimonio Histórico Español en la Constitución de 1978*, Madrid: Civitas.
- VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. (2014). La información registral en la formación del contrato. En Parra Lucán, M.A. (Coord.). *Negociación y perfección de los contratos*. Aranzadi. Cizur menor: Aranzadi.

NOTAS

¹ Me remito en este punto al completo estudio realizado por ALEGRE ÁVILA, J.M. (1994). *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*, tomo I, Madrid: Ministerio de Cultura, 49-54. Este autor destaca, en este momento, dos bulas («*Cum almam nostram urbem*», de 1462, y «*Cum provida*», de 1474) aprobadas por los papas Pío II y Sixto IV, respectivamente, que constituyen el inicio de la preocupación por la protección y conservación del patrimonio histórico.

² La nueva regulación que empieza a surgir a partir del siglo XX lo hace como reacción a la «pavorosa depredación del Patrimonio artístico» que se había llevado a cabo en la centuria anterior. Esta apreciación ya fue formulada por GARCÍA DE ENTERRÍA, que destacó cinco acontecimientos que fueron los principales causantes de esa destrucción generalizada del patrimonio histórico: la Guerra de la Independencia; la desamortización; la desmilitarización de las ciudades (que supuso la destrucción de las murallas para dar paso a la primera gran revolución urbana); el ensanche de las ciudades; y los planes de reforma interior, que suponen la ruptura de la trama urbana consolidada para introducir bulevares o grandes vías. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1983) Consideraciones sobre una nueva legislación del Patrimonio artístico, histórico y cultural, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 39, 578.

³ Este principio de declaración formal de los bienes a proteger mediante un expediente incoado de oficio o a solicitud de un interesado, es el que permanece en vigor en la normativa actual (LPHE) y ha sido destacado, entre otros, por TR Fernández como aquel en el que se asientan todas las técnicas previstas en la Ley (prohibición de derribos sin autorización, de exportaciones ilegales, exención de impuestos, etc.). FERNÁNDEZ, TR. (1978) «La legislación española sobre el patrimonio histórico-artístico: Balance de cara a su reforma» *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 60, 16.

⁴ Este precepto se ha considerado como el precedente inmediato del vigente artículo 46 de la Constitución española de 1978. Véase ALEGRE ÁVILA, J.M. (1994). *Evolución y régimen jurídico...*, t. I, *op. cit.*, 93-100.

⁵ Esta Ley se ha considerado por algún autor como un paso atrás en esta materia debido a la «superioridad técnica del Real Decreto Ley de 9 de agosto de 1926. Véase

PARADA VÁZQUEZ, R. (1992). *Derecho Administrativo*, t. III, Madrid: Marcial Pons, 278. Lo cierto, es que la nueva regulación eliminó algunas de las medidas que se habían introducido con el Real Decreto Ley anterior, especialmente en materia urbanística, por lo que se sintió, por lo menos en materia de protección de bienes inmuebles, la protección conferida al patrimonio histórico. En concreto, T.R. FERNÁNDEZ destaca que con el Real Decreto Ley de Primo de Rivera se había conseguido establecer una protección del patrimonio desde una perspectiva «dinámica», esto es, urbanística. De manera que, frente al carácter «estático» de la regulación anterior que consideraba a los Monumentos como elementos singulares prácticamente inamovibles, aparece la figura de los Conjuntos Históricos, que sí están sometidos a importantes cambios como consecuencia de la dinámica urbana. Sin embargo, la Ley de 1933, aunque mantiene la figura de los Conjuntos Históricos, los asimila a los Monumentos individualmente considerados, perdiendo esa perspectiva urbanística tan provechosa de la regulación anterior. FERNÁNDEZ, T.R. (1978) La legislación española sobre el patrimonio histórico-artístico..., *op. cit.*, 22-23.

⁶ Como señala FERNÁNDEZ, T.R. (2000) La ordenación urbanística de los Conjuntos Históricos: breve denuncia de los excesos al uso, *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 1, 1268-1270, la Ley del Suelo de 1956 cometió el error de «presentarse a sí misma como autosuficiente y olvidarse de que ya existía una Ley, la del Patrimonio Histórico Artístico de 1933», provocando que los responsables en esta materia, viéndose ignorados, decidieran ampliar considerablemente la regulación del patrimonio histórico mediante la inclusión del concepto de entorno.

⁷ Este Decreto de 22 de julio de 1958 ampliaba la necesidad de autorización previa por parte de la Dirección General de Bellas Artes, a todas «las obras que pretendan modificar edificios, calles o plazas inmediatas a aquel y las de nueva construcción en igual emplazamiento o que alteren el paisaje que lo rodea o su ambiente propio» (art. 6). Con ello se trataba de resolver uno de los fallos más notables de la Ley de 1933, aunque, como ya señaló el profesor T.R. FERNÁNDEZ, utilizando una norma «de rango insuficiente». FERNÁNDEZ, T.R. (1978) La legislación española sobre el patrimonio histórico-artístico..., *op. cit.*, 22-23. Sin embargo, algunos autores como la profesora ALONSO IBÁÑEZ, han señalado que este sistema no funcionó del todo bien, debido, fundamentalmente, a los problemas competenciales derivados de esa doble exigencia de autorización, urbanística y cultural. ALONSO IBÁÑEZ, M.R. (1994). *Los Espacios Culturales en la ordenación urbanística*, Madrid: Marcial Pons, 61.

⁸ Como señala LÓPEZ JAÉN, J. (2011). Los centros históricos españoles entre la realidad y la legalidad, *Atrio*, núm. 17, Madrid, 14, «el modo en que se conforma construye y usa una ciudad, condiciona la cultura de la misma».

⁹ Como luego se verá, esta previsión de la ley permite incorporar al instrumento de planeamiento «todas las cautelas precisas para salvaguardar la integridad de los valores determinantes de la declaración de interés cultural» permitiendo, además, la supresión de la segunda autorización (estatal o autonómica) para las intervenciones sobre los bienes protegidos que, a partir de ese momento, quedan bajo la tutela de los respectivos ayuntamientos. FERNÁNDEZ, T.R. (2000). La ordenación urbanística de los Conjuntos Históricos..., *op. cit.*, 1270. Esta conexión entre el patrimonio histórico y el urbanismo, a raíz de la necesidad que se recoge en la LPHE de 1985 y en las distintas leyes autonómicas de contar con un instrumento de planeamiento que determine el régimen de protección de cada uno de los conjuntos históricos declarados, ha sido destacada también por ALONSO IBÁÑEZ, M.R. (1994). *Los Espacios Culturales...*, *op. cit.*, 115.

¹⁰ PÉREZ DE ARMINÁN Y DE LA SERNA, A. (1997). Una década de aplicación de la ley de Patrimonio Histórico Español, *Patrimonio cultural y derecho*, núm. 1, Madrid, 34-35.

¹¹ Sobre el término «patrimonio histórico» es muy interesante la reflexión que hace Álvarez sobre la sustitución en la nueva Ley de 1985 de los tradicionales términos de «patrimonio cultural», «patrimonio artístico» o «patrimonio histórico-artístico», que, a su juicio,

comprenden de una forma más global toda la materia en cuestión. Señala este autor, que es «un empobrecimiento y un error la nueva denominación, solo explicable por un extraño afán de novedad o por la influencia de alguna ley extranjera, olvidando los criterios semejantes al de la anterior legislación española, de las leyes y doctrinas más importantes». ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.L. (1989) *Estudios sobre patrimonio histórico español*, Madrid, 91-96.

¹² Es muy representativa a este respecto la STC 19/2012, de 15 de febrero (Rec. 1046/1999) en la que señala que el ordenamiento jurídico, «por su propia naturaleza, se resiste a ser congelado en un momento histórico determinado: ordena relaciones de convivencia humana y debe responder a la realidad social de cada momento como instrumento de progreso y perfeccionamiento» (STC 27/1981, de 20 de julio).

¹³ Esta apreciación ya fue realizada por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, el cual analizó el término cultural presente en la CE como un elemento fundamental del nuevo concepto de patrimonio histórico, en el que se observa una clara influencia del derecho italiano. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1983). Consideraciones sobre una nueva legislación del Patrimonio..., *op. cit.*, 581-582.

¹⁴ BARRERO RODRÍGUEZ, C. (1990). *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Madrid: Civitas, 168.

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1983). Consideraciones sobre una nueva legislación del Patrimonio..., *op. cit.*, 582-583. Esta misma afirmación es pronunciada por la profesora Barrero, según la cual: «la cultura adquiere contenido preciso en su referencia a la civilización humana, en su vinculación a la historia entendida en un sentido global y amplio, en su relación con las formas de vida de las colectividades humanas en sus múltiples y variadas manifestaciones». BARRERO RODRÍGUEZ, C. (1990). *La ordenación jurídica...*, *op. cit.*, 170.

¹⁶ ALONSO IBÁÑEZ, M.R. (1994). *Los Espacios Culturales...*, *op. cit.*, 51.

¹⁷ BARRERO RODRÍGUEZ, C. (1990). *La ordenación jurídica...*, *op. cit.*, 180.

¹⁸ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, I. (1999). *Conservación de Bienes Culturales: Teoría, Historia, Principios y Normas*. Madrid: Cátedra, 43.

¹⁹ ALONSO IBÁÑEZ, M.R. (1994). *Los Espacios Culturales...*, *op. cit.*, 47.

²⁰ Preámbulo de la LPHE.

²¹ PÉREZ DE ARMIÑÁN Y DE LA SERNA, A. (1997). Una década de aplicación de la ley de Patrimonio..., *op. cit.*, 38. Como ha destacado este autor, una de las manifestaciones de esa amplitud de la definición contenida en la LPHE es, precisamente, la intención de dicha Ley de «coordinar y armonizar la regulación específica de la protección y fomento del patrimonio histórico con los demás sectores de nuestro ordenamiento jurídico que tienen conexión inmediata con aquella, en particular el Derecho urbanístico, la normativa reguladora de la protección de los espacios naturales, la legislación en materia de rehabilitación de viviendas y las normas tributarias», 38.

²² Actualmente, las diecisiete comunidades autónomas tienen aprobadas sus propias leyes reguladoras del patrimonio histórico, siendo las disposiciones vigentes las que se citan a continuación:

Ley 6/2019, de 9 de mayo, de Patrimonio Cultural Vasco (en adelante, LPCV).

Ley 9/1993, de 30 de septiembre, del Patrimonio Cultural Catalán (en adelante, LPCC).

Ley 5/2016, de 4 de mayo, del Patrimonio Cultural de Galicia (en adelante, LPCG).

Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía (en adelante, LPHA).

Ley 1/2001, de 6 de marzo, del Patrimonio Cultural (Asturias) (en adelante, LPC).

Ley 11/1998, de 13 de octubre, de Patrimonio Cultural de Cantabria (en adelante, LPCCAN).

Ley 7/2004, de 18 de octubre, de Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de La Rioja (en adelante, LPCHAR).

Ley 4/2007, de 16 de marzo, de Patrimonio Cultural de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (en adelante, LPCM).

Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano (en adelante, LPCVAL).
Ley 3/1999, de 10 de marzo, del Patrimonio Cultural Aragonés (en adelante, LPCA).
Ley 4/2013, de 16 de mayo, de Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha (en adelante, LPCCM).

Ley 11/2019, de 25 de abril, de Patrimonio Cultural de Canarias (en adelante, LPCCA).

Ley Foral 14/2005, de 22 de noviembre, del Patrimonio Cultural de Navarra (en adelante, LPCN).

Ley 2/1999, de 29 de marzo, de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura (en adelante, LPHCE).

Ley 12/1998, de 21 de diciembre, del Patrimonio Histórico de las Illes Balears (en adelante, LPHB).

Ley 3/2013, de 18 de junio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid (en adelante, LPHM).

Ley 12/2002, de 11 de julio, de Patrimonio Cultural de Castilla y León (en adelante, LPCCCL).

²³ STC 17/1991, de 31 de enero (Rec. 830, 847, 850 y 858/1985); STC 122/2014, de 17 de julio (Rec. 5277/2013).

²⁴ El expolio ha sido definido por la LPHE como «cualquier acción u omisión que ponga en peligro la pérdida de todos o algunos de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español o perturbe el cumplimiento de su función social» (art. 4).

²⁵ PÉREZ DE ARMINÁN Y DE LA SERNA, A. (1997). *Las competencias del Estado sobre el Patrimonio Histórico Español en la Constitución de 1978*, Madrid: Civitas, 57.

²⁶ ALONSO IBÁÑEZ, M.R. (1992). *El patrimonio histórico. Destino público y valor cultural*, Madrid: Civitas, 78-86.

²⁷ ABAD LICERAS, J.M. (1999). «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de patrimonio cultural histórico-artístico: soluciones doctrinales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 55, Madrid, 176.

²⁸ PARADA VÁZQUEZ, R. (1992). *Derecho Administrativo*, *op. cit.*, 282.

²⁹ Sobre el Consejo de Patrimonio Histórico véase LAFUENTE BATANERO, L. (1998). El Consejo del Patrimonio Histórico, *Patrimonio cultural y derecho*, núm. 2, Madrid, 21-53.

³⁰ Es interesante traer aquí a colación la tesis sobre el bien cultural de GIANNINI, según el cual se trata de un «bien inmaterial», abierto a la «fruición colectiva» cuyo titular jurídico es el Estado, con independencia del bien patrimonial sobre el que se asienta y que puede pertenecer al propio Estado o a un particular. En este sentido, confluyen al mismo tiempo y en el «mismo soporte físico» dos tipos de bienes: el de «pertenencia» (propiedad privada) y el de «fruición» (propiedad colectiva), cuya titularidad jurídica corresponderá al propietario, en el primer caso, y al Estado, en el segundo. Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1983). Consideraciones sobre una nueva legislación del Patrimonio..., *op. cit.*, 583.

³¹ Dicha regulación se recoge en la vigente Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial.

³² No obstante, es preciso matizar que la LPHE solo prevé la figura del Inventario, como segundo nivel de protección, para los bienes muebles (art. 26.1).

³³ Como señala BARRERO RODRÍGUEZ, C. (1990). *La ordenación jurídica...*, *op. cit.*, 213, dentro del concepto de Monumento estarían incluidos «aquellos inmuebles resultado de la acción del hombre en los que se halle presente un valor cultural, expresado, en primer término, a través de algunos de los concretos intereses previstos en el artículo 1.2».

³⁴ Como señala GONZÁLEZ-VARAS, a lo largo del siglo XX y, especialmente, tras la Segunda Guerra Mundial, se incorporan nuevos elementos al concepto de patrimonio histórico que se consideran dignos de protección, por constituir «signos (que) adquieran un valor insustituible para definir la cultura, en su más amplio sentido, de un pueblo o de un país». Se introduce, de esta manera, un nuevo concepto más amplio y aglutinador

de toda una serie de elementos integrantes del patrimonio histórico y que se denomina «bien cultural». GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, I. (1999). *Conservación de Bienes Culturales...*, *op. cit.*, 44.

³⁵ En opinión de GARCÍA FERNÁNDEZ, «la legislación autonómica ha agrandado el ámbito material de lo que constituye el patrimonio histórico lo cual, si bien sería exagerado denominarlo inconstitucional, no respeta la función definidora y delimitadora que, según entiendo, debe corresponder casi en exclusiva a la Ley estatal». GARCÍA FERNÁNDEZ, J. (2004). La Ley del Patrimonio Histórico de 1985: propuestas para una posible reforma, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 54, Sevilla, 28.

³⁶ Esta declaración constituyó una novedad muy importante en la legislación sobre el patrimonio histórico que comenzó a dictarse a partir del siglo XX, siendo la Ley de 4 de marzo de 2015 la primera que la introdujo. Sobre este tema, véase FERNÁNDEZ, T.R. (1978). «La legislación española sobre el patrimonio histórico-artístico...», *op. cit.*, 16.

³⁷ Como señalan ACEDO PENCO, A. y PERALTA CARRASCO, M. (2016). *El Régimen Jurídico del Patrimonio Cultural*, Madrid: Dykinson, 95, «estamos ante un deber de tutela del valor cultural del bien».

³⁸ Numerosas sentencias se han pronunciado a este respecto, por citar algunas: SSTs de 25 de junio de 1981 (Ponente: BOTELLA TAZA); o de 27 de febrero de 1980 (Ponente: MARTÍN MARTÍN).

³⁹ STS de 15 de diciembre de 2011 (Rec. 4941/2010) citando otra anterior de ese mismo Tribunal, de 3 de octubre de 1986 (Ponente: ORTOLÁ NAVARRO) señala que «debe aplicarse la legislación protectora del Patrimonio Histórico Artístico en el sentido más favorable a la conservación del mismo».

⁴⁰ Este tema ha sido analizado en profundidad por la profesora BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2006). *La ordenación urbanística de los Conjuntos Históricos*, Madrid: Iustel, 101-110, que concluye destacando el principio «pro conservación» que se ha asentado en nuestros tribunales de justicia y en la mayoría de la doctrina, señalando que «en caso de discordancia o fricción entre normas ha de aplicarse la que mejor garantice la conservación del bien, la que mejor contribuya al cumplimiento de los objetivos constitucionales de preservación y acrecentamiento de nuestro patrimonio histórico», 107.

⁴¹ Esta obligación de visita pública ha sido contemplada por el TC como de obligado cumplimiento por parte de las distintas CCAA, las cuales deberán respetar, como mínimo, lo dispuesto en la normativa estatal (al menos cuatro días al mes). Véase STC 122/2014, de 17 de julio (Rec. 5277/2013).

⁴² El artículo 20.1 LPHE contempla que se deberá redactar un plan especial de protección «u otro instrumento de planeamiento de los previstos en la legislación urbanística», lo que supone una clara remisión a las prescripciones previstas en dicha normativa para la tramitación del referido plan, si bien respetando, en todo caso, los condicionantes establecidos en la LPHE.

⁴³ No obstante, se prevé la posibilidad de que las distintas Administraciones públicas puedan realizar transmisiones de estos bienes entre ellas mismas y, además, se prevé la permuta entre Estados (art. 34 LPHE) y la cesión a un centro público en los casos de recuperación de bienes exportados ilegalmente (art. 29 LPHE).

⁴⁴ Sobre esta última cuestión, la Ley prevé que no serán confiscados aquellos bienes en los que el titular acredite que se ha producido una pérdida o sustracción con carácter previo a la exportación ilegal. El régimen de las exportaciones se encuentra previsto en los artículos 29 a 34 de la LPHE, debiendo recordar, a este respecto, la competencia exclusiva del Estado en esta materia, tal y como reconoce la Constitución Española y ha sido confirmado ampliamente por el Tribunal Constitucional, entre otras, en su Sentencia 17/1991, de 31 de enero.

⁴⁵ Solo se exceptuaba de esta previsión Canarias, hasta la reciente aprobación de la Ley de Patrimonio Cultural de Canarias el 25 de abril de 2019, que ha incorporado los Bienes Catalogados como segundo nivel de protección [art. 9.1.b)].

⁴⁶ Un ejemplo de esta segunda categoría de protección lo encontramos, en el País Vasco (art. 8 de la LPCV); Cataluña (art. 17 LPCC); Valencia (art. 46.1 LPCVAL); Cantabria (art. 26.1 LPCCAN); Islas Baleares (art. 14.1 LPHB); Aragón (art. 11 LPCA); Extremadura (art. 17.1 LPHCE); Asturias (art. 9 LPC); Castilla y León (art. 1 LPCCL); Madrid (art. 3 LPHM); La Rioja (art. 10 LPCHAR); Navarra (art. 13.1 LPCN); Murcia (art. 2 LPCM); Andalucía (art. 13 LPHA); Castilla-La Mancha (art. 7 LPCCM); y Galicia (art. 8.1 LPCG).

⁴⁷ Tal es el caso de Cantabria (art. 33.1 LPCCAN); Aragón (art. 11 LPCA, aunque solo para los bienes muebles); La Rioja (art. 10 LPCHAR); Navarra (art. 13.1 LPCN); Murcia (art. 2 LPCM); Castilla-La Mancha (art. 7 LPCCM); y País Vasco (art. 8.1 LPCV).

⁴⁸ BARRERO RODRÍGUEZ, C. (1990). *La ordenación jurídica...*, op. cit., 265.

⁴⁹ *Ibid*, 600-601.

⁵⁰ De hecho, siempre que se pueda, será preferible aprobar los catálogos de forma independiente, evitando con ello una tramitación más complicada como la que sigue a los planes especiales o, no digamos ya, a los planes generales. Así se prevé, por ejemplo, en el País Vasco (art. 100.1 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, en adelante, LSUPV); en Asturias (disp. transitoria sexta 4.º del Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo, en adelante, TROTUA); en Extremadura (art. 52.3 de la Ley 11/2018, de 21 de diciembre, de ordenación territorial y urbanística sostenible de Extremadura, en adelante, LOTUSE); en Valencia (art. 42.5 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunitat Valenciana, en adelante, LOTUP); en Andalucía (art. 16.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, en adelante, LOUA); en Canarias (art. 51.3 de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias, en adelante, LSENC); en Navarra (art. 64.3 del Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo, en adelante, TRLOTUN). Por su parte, Madrid señala en el artículo 55.1 Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid (en adelante, LSM), que «sin perjuicio de los que deben formar parte de los Planes de Ordenación regulados en este Título, podrán formarse y aprobarse Catálogos de bienes y espacios protegidos, con el mismo contenido, si bien únicamente para complementar, precisar, actualizar o mejorar aquellos».

⁵¹ Estos Planes se aprobarán con arreglo a lo dispuesto en la normativa urbanística y, por tanto, no difieren de los previstos en ella, con la salvedad de que su aprobación será obligatoria en los Conjuntos Históricos y con que deberán incluir necesariamente un Catálogo de bienes y espacios protegidos. Los bienes incluidos en dicho Catálogo serán inscritos, a su vez, en el Registro General previsto en el artículo 12, lo que determinará para ellos la aplicación de las medidas fiscales previstas para los Bienes de Interés Cultural (art. 61.1 del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la LPHE).

⁵² Sobre la consideración de los Catálogos como instrumentos de ordenación urbanística, véase ALONSO IBÁÑEZ, M.R. (2005). *Los catálogos urbanísticos y otros catálogos protectores del patrimonio cultural inmueble*, Cizur Menor: Aranzadi, 90-102.

⁵³ La STC 61/1997, de 20 de marzo (Rec. 2477, 2479, 2481, 2486, 2487 y 2488 de 1990), fue muy clara a este respecto al señalar que el deber de conservación tiene por objeto «fijar las condiciones básicas del ejercicio del derecho de propiedad urbana y monumental». Sobre este asunto es muy interesante el artículo del profesor Díaz Lema, en el que se analizan las implicaciones de la competencia estatal en materia de propiedad privada sobre el urbanismo. DÍAZ LEMA, J.M. (1999). *Las condiciones básicas de la propiedad y la legislación urbanística*, Cuadernos de Derecho Público, núm. 8, Madrid, 51-87.

⁵⁴ Aragón (arts. 254 a 260 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, en adelante, TRLU); País Vasco (art. 199 LSUPV); Asturias (arts. 142 a 144 TROTUA); Baleares (art. 122 de la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de las Illes Balears, en adelante, LUIB); Cantabria (arts. 200 y 201 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, en adelante, LOTRUSA); Castilla-La Mancha (art. 137 del Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, en adelante, TRLOTAU); Castilla y León (art. 106 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León, en adelante, LUCyL); Cataluña (art. 197 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo, en adelante, TRLUC); Extremadura (art. 167 LOTUSE); Murcia (art. 270 de la Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia, en adelante, LOTUM); Valencia (arts. 180 a 182 LOTUP); Andalucía (art. 155 LOUA); Canarias (art. 268 LSENC); Galicia (arts. 135 y 136 de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia, en adelante, LSG); La Rioja (arts. 197 y 198 de la Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja, en adelante, LOTUR); Madrid (art. 168 LSM); y Navarra (art. 85 TRLOTUN).

⁵⁵ Como señaló el profesor GONZÁLEZ BOTIJA la regulación contenida en el texto de 1992 «amplía la lista de obligaciones al recordarse el deber de cumplir igualmente con la normativa sobre protección del medio ambiente y de los patrimonios arquitectónicos y arqueológicos, y sobre rehabilitación urbana». GONZÁLEZ BOTIJA, F. (1997). El deber de conservación de los bienes inmuebles: comentarios al artículo 245 de la Ley del Suelo, *Revista General de Derecho*, núm. 630, Valencia, 1798.

⁵⁶ La introducción de la nueva expresión «por motivos culturales» viene a sustituir a la tradicional de «por motivos estéticos», que recogían los textos de 1998, 1992 y 1976.

⁵⁷ Como señala ESPEJO CAMPOS, la Ley de 2013 convierte el deber de conservación en un deber de rehabilitación. ESPEJO CAMPOS, A. (2014). El deber de conservación tras la Ley de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas de 2013, *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 31, Tenerife, 71-72. Por su parte, GARCÍA ÁLVAREZ señala que la Ley 8/2013 supuso un «enorme crecimiento del deber de conservación» al extenderse más allá de los límites propios del edificio, incluyendo la obligación de participar en las actuaciones de regeneración y renovación urbanas. GARCÍA ÁLVAREZ, G. (2013). Deber de conservación, ruina y rehabilitación, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 15, Zaragoza, 84.

⁵⁸ En este último caso, señala este artículo que «las obras podrán consistir en la adecuación a todas o alguna de las exigencias básicas establecidas en el Código Técnico de la Edificación, debiendo fijar la Administración de manera motivada el nivel de calidad que deba ser alcanzado para cada una de ellas» [art. 15.1.c)]. En cuanto al alcance de la expresión «mejora de la calidad y sostenibilidad del medio urbano», es muy interesante el estudio del profesor MENÉNDEZ REXACH sobre la posibilidad de que se pueda exigir a los propietarios la ejecución de obras para mejorar la eficiencia energética de los edificios, como parte del deber legal de conservación que corresponde a los mismos. Según este autor, parece que esto no sería posible, ya que la referida expresión «mejora de la calidad y sostenibilidad del medio urbano», es lo suficientemente abstracta como para que no pueda «servir de fundamento a la imposición de obras concretas de mejora de la eficiencia energética», las cuales podrán ser recomendadas en la correspondiente certificación de eficiencia energética, que tendrá un carácter informativo y, por tanto, no podrá servir de fundamento para imponer una concreta obligación a los propietarios como parte de ese deber legal de conservación. MENÉNDEZ REXACH, A. (2014). El informe de evaluación de los edificios en la Ley 8/2013, *Ciudad y Territorio: estudios territoriales*, núm. 179, Madrid, 73.

⁵⁹ IGLESIAS GONZÁLEZ, F. (2014). La regulación estatal del deber de conservación de inmuebles. *Ciudad y territorio: Estudios territoriales*, núm. 179, Madrid, 53.

⁶⁰ Véase, a modo de ejemplo, las SSTS de 31 de marzo de 2000 (Rec. 7790/1994) o de 3 de febrero de 1997 (Ponente: SANZ BAYÓN).

⁶¹ Para una mayor información a este respecto, véase MUÑOZ LLINÁS, J.I. (2020). La declaración de ruina en los Conjuntos Históricos. Madrid: *Revista de Derecho Urbanístico* (RDU).

⁶² Este deber de conservación se refleja, en términos muy parecidos, en todas las leyes de patrimonio histórico o cultural de las distintas CCAA. Así, Asturias (art. 28 LPC); Cantabria (art. 39 LPCCAN); La Rioja (art. 25 LPCHAR); Andalucía (art. 14.1 LPHA); Aragón (art. 6 LPCA); Baleares (art. 26 LPHB); Canarias (art. 57 LPCCA); Castilla-La Mancha (art. 23 LPCCM); Castilla y León (art. 24 LPCCL); Cataluña (art. 21 LPCC); Extremadura (art. 22.2 LPHCE); Galicia (art. 32 LPCG); Madrid (art. 12.1 LPHM); Murcia [art. 8.3.a) LPCM]; Navarra (art. 27 LPCN); País Vasco (art. 29.1 LPCV); y Valencia (art. 5.1 LPCVAL).

⁶³ Así lo establece expresamente la Ley de Patrimonio Cultural de La Rioja en su artículo 25.1.

⁶⁴ BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2006). *La ordenación urbanística...*, op. cit., 155.

⁶⁵ Como ha señalado IGLESIAS GONZÁLEZ «el régimen jurídico del deber de conservación de los inmuebles protegidos se sujeta al mismo régimen ordinario del resto de inmuebles», debiendo, por tanto, respetar las mismas condiciones de seguridad, salubridad, accesibilidad universal y ornato. En este sentido, señala este autor, que no se debe caer en el error de «identificar el deber de conservación de un inmueble protegido con las obras adicionales por motivos turísticos o culturales», las cuales se pueden exigir en todo tipo de inmuebles, no solo en los protegidos. IGLESIAS GONZÁLEZ, F. (2014). La regulación estatal del deber de conservación..., op. cit., 54.

⁶⁶ ABAD LICERAS, J.M. (2001). Los problemas derivados de la ruina y posible demolición de inmuebles pertenecientes al patrimonio histórico, *Consultor inmobiliario: Revista mensual de actualidad para profesionales*, núm. 16, 16.

⁶⁷ Nos remitimos en este tema al interesante análisis que realiza la profesora BARRERO. En BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2006). *La ordenación urbanística...*, op. cit., 121-162.

⁶⁸ Recordemos que la STC 61/1997, de 20 de marzo (Rec. 2477, 2479, 2481, 2486, 2487 y 2488 de 1990), señala que el deber de conservación es inherente a la propiedad urbana y «constituye una expresión de la función social de esta forma de propiedad».

⁶⁹ ALONSO IBÁÑEZ, M.R. (1992). *El Patrimonio Histórico...*, op. cit., 274. En estos términos se ha pronunciado también GARCÍA GARCÍA, quien señala que «el deber de conservación no será solamente la obligación del propietario de mantener el edificio en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público, sino que se traducirá fundamentalmente en la obligación del titular de mantener el bien en condiciones de satisfacer la función social que es susceptible de cumplir». GARCÍA GARCÍA, M.J. (2000). *La conservación de los inmuebles históricos a través de técnicas urbanísticas y rehabilitadoras*, Pamplona: Aranzadi, 85.

⁷⁰ Como ha señalado Iglesias González, «el propietario de un inmueble protegido debe costear íntegramente su conservación y asumir las limitaciones derivadas de su especial régimen jurídico, sin contraprestación económica alguna y hasta el límite del deber ordinario de conservación». No obstante, añade este autor, que dicha obligación «no es, en absoluto, incompatible con la existencia de programas públicos de ayudas económicas que subvencionen la ejecución de obras de conservación». IGLESIAS GONZÁLEZ, F. (2014). «La regulación estatal del deber de conservación...», op. cit., 55.

⁷¹ ALONSO IBÁÑEZ, M.R. (1992) *El Patrimonio Histórico...*, op. cit., 266-269.

⁷² Sobre la dudosa constitucionalidad de este deber se ha pronunciado la profesora BARRERO en BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2006). *La ordenación urbanística...*, op. cit., 178-183.

⁷³ Esta atribución se contempla expresamente en la LPHE con respecto a los BIC y a los Inventariados (art. 36.2), y se deduce del contenido de la Ley en relación con los

restantes bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español. Sobre este punto es muy interesante la postura de la profesora Alonso Ibáñez, que encuentra la justificación de esta atribución que se desprende de la LPHE en la doctrina de las «potestades inherentes». ALONSO IBÁÑEZ, M.R. (1992) *El Patrimonio Histórico...*, *op. cit.*, 281-286.

⁷⁴ Como ha señalado BERMÚDEZ, parece que solo en el supuesto de una inejecución subsidiaria por parte de la Administración, podría plantearse una posible responsabilidad de la misma. BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J. (2014). La conservación de los bienes culturales: deber de los propietarios y condiciones de restauración. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 291, Madrid, 175.

⁷⁵ GARCÍA GARCÍA, M.J. (2000). *La conservación de los inmuebles históricos...*, *op. cit.*, 88.

⁷⁶ CARIDE-TABARÉS SÁNCHEZ, P. (2016). Aproximación a un problema. Estudio de la jurisprudencia más actual de patrimonio histórico de la comunidad autónoma de Madrid: deber de conservación y ruina, *Revista española de derecho administrativo*, núm. 179, Madrid, 258.

⁷⁷ Sobre este punto es interesante el análisis que hace Alonso Ibáñez sobre las potestades de inspección de la Administración y la problemática derivada de la consideración de los bienes como domicilio de los poseedores, a efectos de permitir la entrada en los mismos, ALONSO IBÁÑEZ, M.R. (1992). *El Patrimonio Histórico...*, *op. cit.*, 287-296.

⁷⁸ SSTs de 4 de abril de 2003 (Rec. 8906/1999); 18 de julio de 2006 (Rec. 1820/2003); 10 de octubre de 2011 (Rec. 3212/2008); y 14 de junio de 2012 (Rec. 543/2010).

⁷⁹ IGLESIAS GONZÁLEZ, F. (2014) La regulación estatal del deber de conservación..., *op. cit.*, 56.

⁸⁰ Ambos fueron incoados, simultáneamente, como Bienes de Interés Cultural en la categoría de Conjunto Histórico por Resolución de 4 de junio de 1977.

⁸¹ Véase BARRERO RODRÍGUEZ, C. (1990) *La ordenación jurídica...*, *op. cit.*, 217-220. Según esta autora los «Conjuntos históricos son, en síntesis, aquellos núcleos o áreas territoriales que bien por las características de su trama, por la de las edificaciones que lo componen o por ambas circunstancias a la vez, son significativos en cuanto testimonio de la cultura de un pueblo».

⁸² BASSOLS COMA, M. (1990). Instrumentos legales de intervención urbanística en los centros y conjuntos históricos, *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 118, Madrid, 14-19. Es interesante también destacar en este punto la apreciación formulada por CALDERÓN ROCA en relación con la arquitectura vernácula. Esta autora hace una apasionada defensa de la misma a efectos de su protección frente a la declaración de ruina, otorgándole el mismo valor, incluso, que a los monumentos más relevantes, por entender que «constituye un inestimable documento histórico, que informa sobre los modos de hábitat original de determinados periodos». CALDERÓN ROCA, B. (2011). Las declaraciones de ruina en los edificios históricos desde la óptica de la historia del arte, *Atrio*, 17, Madrid, 119-132.

⁸³ Con motivo de la elaboración de la nueva LPHE de 1985, se puso de manifiesto, entre otros, por GARCÍA DE ENTERRÍA la lamentable destrucción de la arquitectura popular como consecuencia del desarrollo urbano de las ciudades y poblaciones rurales. A este respecto, señalaba que «con una insensibilidad que será colocada en el futuro entre los más graves cargos contra nuestra época, hemos destruido, y seguimos haciéndolo con sorprendente buena conciencia, una de las arquitecturas populares más ricas del mundo». Se ponía así de manifiesto la necesidad de una regulación urgente, que estableciera un adecuado régimen jurídico protector de los Conjuntos Históricos que aún quedaban en España. Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1983). Consideraciones sobre una nueva legislación del Patrimonio..., *op. cit.*, 589.

⁸⁴ Un completo análisis de la evolución del concepto de Conjunto Histórico y su regulación en el ámbito de los tratados y acuerdos internacionales, puede encontrarse en BASSOLS COMA, M.: Los conjuntos históricos: su concepto en los ordenamientos jurídicos internacional y autonómico, en CLIMENT BARBERA, J. y BAÑO LEÓN, J.M.

(coord.). (2002). *Nuevas perspectivas del régimen local: estudios en homenaje al profesor José M.^a Boquera Oliver*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1282-1291.

⁸⁵ Se consolida, de esta manera, la idea que ya fue puesta de manifiesto en el Coloquio de Quito unos años antes, donde se decía que «la conservación de los centros históricos debe ser una operación destinada a revitalizar no solo los inmuebles, sino primordialmente la calidad de vida de la sociedad que los habita, aplicando su capacidad creativa y equilibrando su tecnología tradicional con la contemporánea» (Conclusión núm. 3). En este sentido, señala LÓPEZ JAÉN, J. (2011). Los centros históricos españoles..., *op. cit.*, 17, que los centros históricos «no son solo el objeto exclusivo de especialistas en restauración de monumentos, sino interés de la ciudadanía, para mejora de sus condiciones de vida y trabajo, y llegar a convertir el centro histórico en centro de progreso y desarrollo».

⁸⁶ GARCÍA ESCUDERO, P. y PENDÁS, B. (1986). *El nuevo régimen jurídico del Patrimonio Histórico Español*, Madrid: Ministerio de Cultura, 165.

⁸⁷ 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, Madrid, 76.

⁸⁸ Esta obligatoriedad de redactar un plan especial de protección no solo se va a aplicar a los Conjuntos Históricos sino, también, a las categorías de Sitio o Territorio Histórico y de Zona Arqueológica (art. 20.1 LPHE).

⁸⁹ ALONSO IBÁÑEZ, M.R. (1994). *Los Espacios Culturales...*, *op. cit.*, 108.

⁹⁰ Sobre este asunto es muy interesante el trabajo del profesor Bermúdez Sánchez sobre el alcance de los planes especiales de protección, a la luz de las disposiciones recogidas en los artículos 20 y 21 de la LPHE. Según este autor, habría que distinguir tres supuestos: en primer lugar, la imposibilidad de modificación de las alineaciones, alteración de la edificabilidad, parcelaciones ni agregaciones, con anterioridad a la aprobación de un plan especial (art. 20.3); en segundo lugar, tampoco sería posible alterar las alineaciones, volúmenes y edificabilidad («estructura urbana y arquitectónica») en los supuestos en los que, habiéndose aprobado un plan especial, se permite la sustitución puntual de un inmueble, con el fin de no alterar el carácter del Conjunto a través de intervenciones puntuales (art. 21.3); y, por último, se permiten las remodelaciones urbanas, cuando impliquen «una mejora con el entorno territorial o urbano» (art. 21.2). Dentro de estas remodelaciones urbanas tendrían cabida las modificaciones de las alineaciones, siempre que no implicaran una modificación de la estructura urbana. BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J. (2010). *Remodelaciones urbanas en conjuntos históricos y sus entornos*. *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 76, Sevilla, 158-159.

⁹¹ La inclusión en este artículo de la referencia a los Monumentos y Jardines Históricos es importante, ya que, a pesar de que en el mismo se están regulando, únicamente, las categorías de Conjunto Histórico, Sitio Histórico y Zona Arqueológica, la superposición de protecciones que se pueden producir en un mismo ámbito (por ejemplo, cuando se declara un Conjunto Histórico en cuyo interior hay otros bienes declarados en la categoría de Monumento), pueden llevar a un conflicto en la aplicación del régimen jurídico propio de cada figura de protección. En estos casos, cabría entender que prevalece el régimen jurídico de aquellos bienes con declaración individualizada frente a los que comprenden un conjunto de bienes. Esta distinción ya fue apuntada, entre otros, por ALONSO IBÁÑEZ, M.R. (1994). *Los Espacios Culturales...*, *op. cit.*, 52, que distinguía entre aquellas declaraciones que se refieren a elementos de forma individualizada (Monumentos), de aquellas otras que afectan a una pluralidad de elementos (Conjunto Histórico) y que la autora denominaba «bienes de conjunto».

⁹² Continúa este artículo señalando en su apartado segundo que «las obras realizadas sin cumplir lo establecido en el apartado anterior serán ilegales y los ayuntamientos o, en su caso, la Administración competente en materia de protección del Patrimonio Histórico español podrán ordenar su reconstrucción o demolición con cargo al responsable de la infracción en los términos previstos por la legislación urbanística».

⁹³ El artículo 20.1 de la LPHE en su último inciso, señala que «la obligatoriedad de dicho plan no podrá excusarse en la preexistencia de otro planeamiento contradictorio con la protección ni en la inexistencia previa de planeamiento general». Se distinguen estos planes, por tanto, de aquellos otros que tienen por objeto la ordenación urbanística de determinados espacios urbanos que no han sido declarados como Conjunto Histórico, Sitio Histórico o Zona Arqueológica, lo cuales tendrán la consideración de planes derivados o de desarrollo del planeamiento general. Véase BARRERO RODRÍGUEZ, C. (1990). *La ordenación jurídica...*, *op. cit.*, 560-565.

⁹⁴ Sin embargo, esta no es la postura defendida por algún sector doctrinal. En concreto, la profesora BARRERO considera que la LPHE no se decanta a favor de ningún tipo de plan específico, confiriendo libertad a la Administración competente en la materia, que «optará por uno u otro plan en función de los objetivos que pretenda conseguir y de la ordenación ya preexistente en la zona», si bien, esta autora reconoce la mayor idoneidad de los planes generales y de los planes especiales a estos efectos. BARRERO RODRÍGUEZ, C. (1993). Los Conjuntos Históricos y el planeamiento de protección en la Comunidad Autónoma de Andalucía. *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 16, Sevilla, 93.

⁹⁵ Esta previsión expresa que recoge la LPHM resuelve una línea interpretativa, a mi juicio, errónea de la LPHE que ya fue denunciada, entre otros, por Tomás Ramón FERNÁNDEZ, para quien «si un plan general contiene todo lo que la Administración específicamente competente considera necesario para conservar un concreto Conjunto Histórico, es obvio que su existencia haría innecesaria la redacción de un plan especial con el mismo fin e idéntico contenido y que la falta de este plan especial no podrá justificar el mantenimiento en el ámbito del Conjunto del sistema de doble autorización». FERNÁNDEZ, TR. (2000). *La ordenación urbanística de los Conjuntos Históricos...*, *op. cit.*, 1272.

⁹⁶ BASSOLS COMA, M. (1990). *Instrumentos legales de intervención urbanística...*, *op. cit.*, 35-36.

⁹⁷ STS 1654/2018, de 22 de noviembre (Rec. 3719/2017).

⁹⁸ JEREZ DELGADO, C. (2011). Patrimonio histórico y seguridad jurídica, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXV, núm. 2136, 12.

⁹⁹ Sobre por qué solo se incluyen los Monumentos y Jardines Históricos dentro de la obligatoriedad de inscripción en el Registro de la Propiedad, es muy interesante la explicación aportada por PAU PEDRÓN, para quien «es posible que el legislador haya pensado que solo en el caso de los Monumentos y Jardines se da una correlación entre BIC y finca registral, y en términos generales esta idea es acertada. Pero lo mismo puede suceder en el caso de los Conjuntos, y más aun en los Sitios Históricos y las Zonas Arqueológicas, y si no sucediera, la implantación que se está llevando a cabo en los Registros de los planos parcelarios digitalizados hace posible publicar, a través del Registro, el estatuto jurídico de áreas o superficies territoriales que no se delimitan por fincas concretas». PAU PEDRÓN, A. (2005). *Cuatro ensayos sobre el Patrimonio Cultural Español*, Madrid: Centro de Estudios Registrales, 23.

¹⁰⁰ Artículo 11.1 LPHE.

¹⁰¹ La Rioja (art. 14.3 LPHCHAR); Andalucía (art. 12.1 LPHA); Canarias (art. 34 LPCCA); Extremadura (art. 14.2 LPHCE); Galicia (art. 21.2 LPCG); y País Vasco (art. 20 LPCV).

¹⁰² Tal es el caso de Cantabria, que lo extiende también a los Lugares Culturales (art. 25 LPCCAN); Baleares, que extiende la inscripción también a las Zonas Arqueológicas o Paleontológicas y a los Lugares de Interés Etnológico (art. 10.3 LPHB); Murcia, que lo extiende a todo los inmuebles con excepción de los Conjuntos Históricos (art. 20.2 LPCM); y Valencia, que solo lo extiende a los Espacios Etnológicos (art. 29.4 LPCVAL).

¹⁰³ Así lo han hecho Asturias (art. 15.4 LPC); Canarias (art. 28.5 LPCCA); Murcia (art. 13.3 LPCM); y Valencia (art. 27.3 LPCVAL).

¹⁰⁴ Tal ha sido el supuesto de Andalucía (art. 12.1 LPHA); Castilla-La Mancha, que lo extiende solo a los inmuebles que hayan sido individualmente declarados (art. 18 LPCCM); País Vasco, que lo extiende a todos los inmuebles declarados en las categorías de protección especial y media (art. 20 LPCV); y Valencia, que incluye los Bienes de Relevancia Local (art. 49 LPCVAL).

¹⁰⁵ VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. (2014). «La información registral en la formación del contrato». En Parra Lucán, M.A. (Coord.). *Negociación y perfección de los contratos*. Cizur menor: Aranzadi.

¹⁰⁶ JEREZ DELGADO, C. (2011). «Patrimonio histórico...», *op. cit.*, 9.

*(Trabajo recibido el 11-5-2020 y aceptado
para su publicación el 24-9-2020)*

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Firma electrónica cualificada
y acceso de documentos privados
a los Registros de la Propiedad,
Mercantiles y de Bienes Muebles

*Qualified electronic signature and
access of private documents to Real
State Property, Commercial and
Movable Property Registries*

por

APOL·LÒNIA MARTÍNEZ NADAL
*Catedrática de Derecho mercantil
Universidad de las Islas Baleares*

RESUMEN: En la legislación hipotecaria española existen diversos artículos que exigen que determinados documentos privados vengán con la firma autógrafa del firmante legitimada por un notario público para su presentación y despacho en el Registro. Por ello, analizamos en este trabajo la cuestión de si este requisito de la legitimación notarial de firma debe seguir siendo aplicado cuando un documento electrónico que ha sido firmado con un certificado electrónico cualificado de firma, conforme al Reglamento (UE) núm. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior, se presenta ante el Registro.

ABSTRACT: In Spanish mortgage legislation, there are several articles that require certain private documents to come with the signature of the signer, authenticated by a notary public, for presentation and dispatch in the registry. Therefore, we analyze in this work the question of whether this requirement of notarial signature legitimacy should continue to be applied when an electronic document that has been signed with a qualified electronic signature certificate, in accordance with Regulation (EU) núm. 910/2014 of the European Parliament and of the Council, of July 23, 2014, regarding electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market, is presented to the registry.

PALABRAS CLAVE: Firma electrónica cualificada. Acceso al Registro. Documentos privados.

KEY WORDS: *Qualified electronic signature. Access to Registry. Private documents.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LA FIRMA LEGITIMADA NOTARIALMENTE: 1. INTRODUCCIÓN. NOCIÓN, NATURALEZA Y PROCEDIMIENTOS DE LEGITIMACIÓN. 2. EFECTOS DE LA LEGITIMACIÓN NOTARIAL DE FIRMAS. 3. CONCLUSIONES FINALES SOBRE LA NATURALEZA DE LA LEGITIMACIÓN DE FIRMAS: JUICIO DE VALOR SOBRE LA AUTORÍA DE UNA FIRMA O DACIÓN DE FE DE LA AUTENTICIDAD DE LA FIRMA. 4. REFERENCIA A LA LEGITIMACIÓN NOTARIAL DE FIRMAS ELECTRÓNICAS RECONOCIDAS.—III. FIRMA ELECTRÓNICA RECONOCIDA O CUALIFICADA. EQUIVALENCIA FUNCIONAL CON LA LEGITIMACIÓN NOTARIAL: 1. FIRMA ELECTRÓNICA Y FIRMA ELECTRÓNICA RECONOCIDA O CUALIFICADA. CONCEPTO Y VALIDEZ LEGAL. 2. REQUISITOS DE LA FIRMA ELECTRÓNICA RECONOCIDA O CUALIFICADA. ESPECIAL REFERENCIA AL CERTIFICADO RECONOCIDO O CUALIFICADO Y SU CONTRIBUCIÓN A LA FUNCIÓN IDENTIFICATIVA: A) *Sistemas de identificación.* B) *La comprobación de identidad por personación física en caso de expedición de certificados reconocidos y cualificados ex artículo 13 LFE y artículo 24 Reglamento (UE) 910/2014.* 3. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD COMO CLÁUSULA DE CIERRE: A) *Responsabilidad de los prestadores de servicios de certificación.* B) *Responsabilidad del titular del certificado por usos indebidos por parte de terceros.*—IV. EQUIVALENCIA FUNCIONAL (O SUSTITUIBILIDAD) ENTRE FIRMA LEGITIMADA NOTARIALMENTE Y FIRMA ELECTRÓNICA RECONOCIDA O CUALIFICADA: 1. EQUIVALENCIA FUNCIONAL. 2. EQUIVALENCIA FORMAL.—V. OTROS ARGUMENTOS PARA EL USO ALTERNATIVO O LA SUSTITUIBILIDAD DE LA FIRMA LEGITIMADA NOTARIALMENTE

POR LA FIRMA ELECTRÓNICA RECONOCIDA O CUALIFICADA:

1. EL AVANCE DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA. CONSAGRACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO. 2. ACCESO ELECTRÓNICO A LAS ADMINISTRACIONES: EFICACIA Y EFICIENCIA, AGILIDAD Y REDUCCIÓN DE COSTES DE TIEMPO Y ECONÓMICOS. 3. LA LEGITIMACIÓN NOTARIAL DE FIRMA ELECTRÓNICA *EX* ARTÍCULO 261 RN Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. 4. EL PRINCIPIO DE INTEROPERABILIDAD; PERSPECTIVA INTERNACIONAL.—VI. CONCLUSIONES.— VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

Ante la existencia de diversos artículos en la legislación hipotecaria y, sobre todo con especial trascendencia en la del Registro Mercantil, que exigen para la presentación y despacho de determinados documentos privados que vengan con la firma autógrafa del firmante, legitimada notarialmente, y partiendo de que la razón de tal exigencia ha sido tradicionalmente asegurar la identidad indubitada del firmante del documento, una vez admitida la presentación electrónica en las oficinas públicas, nos planteamos la cuestión de si este requisito estricto de la legitimación notarial debe seguir siendo aplicado cuando el documento electrónico ha sido firmado con firma electrónica reconocida o cualificada que cumple los requisitos legales, entre ellos, la existencia de un certificado reconocido, conforme a la Ley 59/2003 de firma electrónica, o cualificado de firma, conforme al Reglamento (UE) núm. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE¹.

En efecto, por una parte, y respecto de la presentación de documentación privada con firma legitimada, cabe mencionar, los artículos 166.11, 208, 216, 238 del Reglamento Hipotecario que de forma general, exigen tal legitimación notarial (o bien una legitimación o ratificación de firma ante el propio registrador). De forma más concreta, a título de ejemplo, el artículo 142 del Reglamento de Registro Mercantil dispone que:

«1. La inscripción del nombramiento de administradores podrá practicarse mediante certificación del acta de la Junta General o, en su caso, del Consejo de Administración en que fueron nombrados, expedida en debida forma y con las firmas legitimadas notarialmente, por testimonio notarial de dicha acta o mediante copia autorizada del acta notarial a que se refieren los artículos 101 y siguientes.

Si el nombramiento y la aceptación no se hubiesen documentado simultáneamente, deberá acreditarse esta última, bien en la forma indicada

en el párrafo anterior, bien mediante escrito del designado con firma notarialmente legitimada».

Por otra parte, no es menos cierto que está admitida la presentación telemática de documentos en los Registros de la Propiedad, Mercantiles o de bienes muebles. Así, de forma general, ha de mencionarse la Ley 39/2015 que, como veremos, regula el acceso electrónico de los ciudadanos a las Administraciones públicas. De forma particular, y para el supuesto concreto de presentación de documentos privados que puedan causar inscripción en los diferentes Registros, dispone el artículo 112.5, apartados 3.º y 4.º, de la Ley 24/2001 («Presentación de títulos por vía telemática en los Registros de la Propiedad, Mercantiles o de bienes muebles») (introducidos por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad) que:

«3.^a Con carácter excepcional y solo en los casos y con los requisitos expresamente previstos en las Leyes y los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil para los documentos privados en soporte papel, podrá practicarse la inscripción de documentos electrónicos con firma electrónica reconocida que sean soporte de documentos privados presentados telemáticamente en los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

4.^a Los documentos electrónicos que sean soporte de documentos privados que se presenten deberán estar firmados con firma electrónica reconocida amparada en un certificado reconocido conforme a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica».

Por tanto, se trata de analizar si para la presentación telemática de tales documentos privados sigue siendo necesaria la legitimación notarial exigida respecto de la firma manuscrita cuando tales documentos electrónicos se presentan firmados con firma electrónica reconocida o cualificada conforme a la legislación de firma electrónica.

Para resolver esta cuestión hemos de partir de la finalidad o la razón de ser de la exigencia de legitimación notarial de firma manuscrita, que tradicionalmente se viene considerando que es la de asegurar la identidad del firmante del documento. Para, a continuación, determinar si la firma electrónica reconocida o cualificada cumple por sí misma de forma suficiente tal finalidad identificativa. En cuyo caso, dada la equivalencia funcional, podría ser medio suficiente por sí solo para acceder al registro, de forma sustitutiva o alternativa a la legitimación tradicional de firma.

Por todo ello, realizamos, en primer lugar, un análisis de la legitimación notarial de firmas, y, en especial, su finalidad identificativa y la forma en que se cumple tal finalidad, para, a continuación, analizar la firma electrónica reconocida o cualificada, y sus efectos identificativos, a fin de determinar

su posible equivalencia funcional con la firma con legitimación notarial. Todo ello sin perjuicio de la existencia de otros elementos adicionales que, junto con la eventual equivalencia funcional, han de ser tenidos en cuenta para la resolución de esta cuestión.

II. LA FIRMA LEGITIMADA NOTARIALMENTE

1. INTRODUCCIÓN. NOCIÓN, NATURALEZA Y PROCEDIMIENTOS DE LEGITIMACIÓN

El Reglamento notarial atribuye a los notarios la facultad de autorizar testimonios de distintas clases, entre ellos, la legitimación de firmas en documento privado. La legitimación de firmas es el testimonio o juicio del notario de que una firma pertenece al firmante.

La regulación del testimonio notarial de legitimación de firmas se halla en la sección 3 del capítulo III del título IV, integrada por los artículos 256 a 263, introducida por los números ciento cincuenta y nueve a ciento sesenta y siete del artículo primero del RD 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944. El núcleo de la regulación reglamentaria notarial es el artículo 256 del Reglamento Notarial, que dispone que:

«La legitimación de firmas es un testimonio que acredita el hecho de que una firma ha sido puesta a presencia del notario, o el juicio de este sobre su pertenencia a persona determinada.

El notario no asumirá responsabilidad por el contenido del documento cuyas firmas legitime».

De la misma redacción del artículo 256 del Reglamento Notarial, se desprende que existen, en principio, dos grandes formas o categorías de legitimación notarial de firma:

a) «testimonio que acredita el hecho de que una firma ha sido puesta a presencia del notario»; esta primera forma es la de mayor seguridad, pues el notario acredita que la firma pertenece al firmante porque ha sido puesta en su presencia, siempre con el presupuesto de que se haya identificado debidamente al firmante, por lo que no son absolutamente excluibles legitimaciones incorrectas o irregulares, incluso pese a la actuación diligente del notario.

b) «o el juicio de este sobre su pertenencia a persona determinada»; en esta segunda forma, no estamos ante un testimonio, porque la firma no se realiza en presencia del notario, sino que estamos ante un juicio o valoración realizado por el notario sobre la pertenencia de una firma ya realizada o puesta previa-

mente (no en presencia notarial) a una persona determinada, el firmante. Por tanto, no es un testimonio sobre algo presenciado sino un juicio u opinión del Notario sin haber presenciado el acto de firma real y concreta (LLOPIS, 2016).

En este mismo sentido, de forma general, y en el ámbito del derecho comparado, se señala también que existen dos posibles formas de legitimación: a) presencialmente, de que tal forma que se acredita y garantiza por el notario (o un tercero autorizado) que la firma es puesta por el firmante en su presencia; b) comparativamente, cuando se acredita la autoría de la firma por comparación con una firma preexistente y generalmente puesta en presencia del legitimador. Mientras en el Derecho español, como estamos viendo, y veremos más concretamente a continuación, se pueden utilizar, en principio, cualquiera de los dos métodos, no ocurre así en otros ordenamientos, en los que es absolutamente necesario que la firma sea puesta en presencia del notario, sin que exista posibilidad de legitimación por comparación, que es considerada una legitimación imperfecta, con mayor riesgo jurídico y económico (LAFFERRIERE, 2008). Por otra parte, en la legislación hipotecaria española existen preceptos ya mencionados (por ejemplo, artículo 166.11, 208, 216, 238 del Reglamento Hipotecario) que, para la presentación registral de documentos privados, exigen en principio la legitimación notarial de firma que, sin embargo, puede ser sustituida por una legitimación o ratificación de firma se exige también que presencial ante el propio registrador.

Pues bien, a partir de estas dos formas o categorías generales de legitimación previstas en el artículo 256 del Reglamento Notarial, la cuestión siguiente es la relativa a los medios o procedimientos que puede utilizar el notario para emitir su testimonio acreditativo o su juicio de pertenencia, cuestión regulada en el artículo 259 del Reglamento Notarial que dispone que:

«El notario podrá basar el testimonio de legitimación en el hecho de haber sido puesta la firma en su presencia, en el reconocimiento hecho en su presencia por el firmante, en su conocimiento personal, en el cotejo con otra firma original legitimada o en el cotejo con otra firma que conste en el protocolo o Libro Registro a su cargo, debiendo reseñar expresamente en la diligencia de testimonio el procedimiento utilizado.

Dentro del ámbito de los documentos susceptibles de testimonio, solo podrán ser legitimadas cuando sean puestas o reconocidas en presencia del notario las firmas de letras de cambio y demás documentos de giro, de pólizas de seguro y reaseguro y, en general, las de los documentos utilizados en la práctica comercial o que contengan declaraciones de voluntad».

Por tanto, el artículo 259 del Reglamento Notarial establece distintos procedimientos para la legitimación notarial de firmas. Obsérvese que, a diferencia del artículo 256, no diferencia entre testimonio y juicio (distinción

que consideramos relevante por su distinto valor a efectos identificativos) sino que establece que el testimonio de legitimación puede basarse en los procedimientos siguientes, sin distinción formal de si se trata de testimonio o juicio (LLOPIS, 2016): 1) Haber sido puesta la firma en presencia del notario. 2) Reconocimiento hecho en presencia del notario por el firmante; en este caso el firmante debe comparecer ante notario y declarar de manera indubitada que la firma es suya y que la reconoce como tal. 3) Conocimiento personal del notario, sin especificación de cómo puede o debe el notario llegar a ese conocimiento personal. 4) Cotejo con otra firma original legitimada, lo que implica que otro notario haya legitimado previamente la firma y el notario no tenga duda de que pertenece a la misma persona. 5) Cotejo con otra firma que conste en el protocolo o Libro Registro a cargo del notario, lo que quiere decir que el mismo notario o sus antecesores en el Protocolo o Libro Registro hayan verificado la identidad del firmante.

En principio, y de forma general, el notario puede utilizar cualquiera de los procedimientos anteriores para la legitimación de firma, pero, en todo caso, con la exigencia reglamentaria de identificar y concretar el procedimiento utilizado (art. 259, pfo. primero, inciso final: «debiendo reseñar expresamente en la diligencia de testimonio el procedimiento utilizado»), exigencia que cabe suponer debida a la mayor o menor seguridad de los distintos procedimientos de legitimación utilizados y a la necesidad de constancia del alcance y eficacia identificativa de la concreta forma de legitimación utilizada. Con lo que con esta exigencia reglamentaria se está admitiendo implícitamente la distinta eficacia identificativa de la legitimación en función del procedimiento utilizado.

Como excepción a la posibilidad de utilizar cualesquiera de las formas de legitimación previstas en el artículo 259, dentro de los documentos susceptibles de testimonio, en el caso de documentos utilizados en la práctica comercial de forma general (entre los que el artículo 259, pfo. segundo, incluye letras de cambio y demás documentos de giro, y pólizas de seguro y reaseguro) o que contengan declaraciones de voluntad, la legitimación notarial de firma se exige que sea puesta o reconocida por el firmante en presencia del notario, no siendo admisibles el resto de procedimientos de legitimación previstos en el artículo 259: «Dentro del ámbito de los documentos susceptibles de testimonio, solo podrán ser legitimadas cuando sean puestas o reconocidas en presencia del notario las firmas de letras de cambio y demás documentos de giro, de pólizas de seguro y reaseguro y, en general, las de los documentos utilizados en la práctica comercial o que contengan declaraciones de voluntad».

La razón de ser de esta exigencia de legitimación presencial del artículo 259, párrafo segundo, y no por comparación, debe relacionarse con la mayor seguridad que ofrece esta forma de legitimación, que es la requerida

de forma expresa por el legislador, dados, p. ej., los efectos procesales de la legitimación notarial (presencial) de documentos cambiarios. Así, en caso de alzamiento del embargo (art. 823 Ley de Enjuiciamiento Civil), si el deudor niega «categóricamente la autenticidad de su firma», podrá el tribunal alzar los embargos; sin embargo, no se levantará el embargo «1.º Cuando el libramiento, la aceptación, el aval o el endoso hayan sido intervenidos, con expresión de la fecha, por corredor de comercio colegiado o las respectivas firmas estén legitimadas en la propia letra por notario». En definitiva, se trata de actos de especial transcendencia jurídica a los que el legislador quiere dotar del sistema más seguro de legitimación notarial de firma (en presencia del notario o por reconocimiento del firmante).

Obsérvese que, nuevamente, con esta excepción y su fundamento, el mismo legislador está admitiendo implícitamente la existencia de distintas formas de legitimación notarial, con distinto nivel de seguridad y distinta eficacia identificativa, aspectos que analizamos a continuación. Como veremos, también en el supuesto de legitimación de firma electrónica reconocida se exige la legitimación notarial presencial con firma electrónica puesta ante el notario. En este caso, como veremos, no entendemos que exista justificación alguna para la exigencia de tal forma de legitimación, que debería también quedar reservada para actos de especial transcendencia, y no aplicarse de forma indiscriminada.

2. EFECTOS DE LA LEGITIMACIÓN NOTARIAL DE FIRMAS

Frente a los amplios efectos de la escritura pública (eficacia constitutiva, eficacia traditoria, eficacia legitimadora, eficacia probatoria y eficacia ejecutiva), el testimonio tiene unos efectos más limitados, «bien magros en comparación con la escritura», como ha señalado la doctrina notarialista (OÑATE, 2008). En efectos, los efectos de la legitimación notarial de firmas serían:

a) En primer lugar, certeza de la fecha de la legitimación y oponibilidad a terceros de esta, pero no del contenido del documento ni de la fecha del documento, sino de la legitimación (art. 1227 CC).

b) Si la firma ha sido puesta en presencia del notario o reconocida ante el mismo, su pertenencia a persona determinada, debidamente identificada; en este caso, como hemos visto en el caso de los documentos cambiarios, se refuerza la eficacia procesal de los documentos privados ejecutivos, pues se impide al deudor oponer la excepción de falsedad de firma.

c) En los demás casos, expresa un simple juicio de valor del notario sobre su pertenencia a una persona determinada.

d) En ningún caso constituye prueba de la conclusión de un negocio jurídico pues el documento privado sigue siendo tal. En efecto, la intervención notarial a efectos de legitimación no modifica su naturaleza jurídica de documento privado: existe una intervención notarial con sus efectos limitados mencionados, pero el documento sigue siendo documento privado. El documento elaborado por un particular o una persona jurídica no es documento público, aunque las firmas estén legitimadas por notario (OÑATE, 2008).

Por tanto, la legitimación de firmas es el testimonio o juicio del notario de que una firma pertenece al firmante. El notario, en la legitimación de firmas, ni asesora, ni redacta el documento, ni es responsable de su contenido, ni de la fecha que en él se incluye, ni siquiera de la capacidad actual del firmante (LLOPIS, 2016). Por ello, como se señala expresamente en el artículo 256, párrafo segundo del Reglamento Notarial, «El notario no asumirá responsabilidad por el contenido del documento cuyas firmas legitime».

Es por todo ello, y la vista de estos efectos limitados, que una parte de la doctrina distingue entre instrumentos públicos o documentos públicos notariales en sentido estricto y los demás documentos notariales, categoría amplia en la que se incluirían los testimonios. Por el contrario, algunos autores sostienen que la regulación sistemática de los testimonios y legalizaciones en el título IV del Reglamento Notarial relativo al instrumento público y la remisión que sus principios reguladores hacen a las copias justifican su inclusión dentro del concepto de instrumento público².

Y es que, como señala la doctrina notarialista, «la intervención notarial logra colocar al instrumento público bajo el amparo de la fe pública, que le confiere una especial eficacia, que bien pudiera calificarse de extraordinaria. Esta premisa no impide, sin embargo, reconocer que el valor y la eficacia de los diferentes tipos de instrumentos públicos no son siempre los mismos. Ni siquiera el valor del contenido de un mismo documento notarial es totalmente homogéneo. La intensidad de la eficacia del contenido documentado guarda una relación muy estrecha con el grado de fe pública que le ampara. Hay una perfecta correlación entre la extensión e intensidad de la actuación notarial y la eficacia del documento.

En los documentos notariales más perfectos y completos (especialmente la escritura pública) que exigen una intervención notarial más amplia y compleja, es cuando la fe pública se despliega con mayor fuerza sobre su contenido y le dota, por ello, de mayor valor. Aquí la fe pública, se proyecta —si bien en distinta graduación— sobre todo lo que tiene reflejo documental, abarcando todo el contenido del instrumento público. En definitiva, la fe pública confiere, con carácter general, al documento una eficacia polivalente y privilegiada por la suma o conjunción de esos dos aspectos básicos de la función notarial, la constatación fáctica y la valoración y control jurídicos, que dotan de seguridad

al tráfico al acreditar hechos y proclamar derechos y situaciones jurídicas como ajustadas a la legalidad. Sin embargo, hay otros supuestos en que la intervención notarial es menos intensa, en ocasiones mínima. Entonces, como es lógico, añade menor valor, lo cual se traduce en una más discreta eficacia jurídica del documento» (PAZ-ARES, 2011, quien señala que es el caso de los testimonios y demás actuaciones notariales no protocolares).

En suma, una intervención notarial más simple y sencilla aporta un menor valor. En estos documentos la fe pública tiene un ámbito de actuación mucho más limitado, en el sentido de que no confiere al documento las altas dosis de eficacia que alcanzan las escrituras. El documento concernido es ajeno al notario, no es de su autoría, y mantiene, por ello, su propia naturaleza, en su caso, privada.

Por ello, en los supuestos de legitimación notarial de firma se produce (en comparación con otros instrumentos públicos) una intervención notarial menos intensa que aporta un valor menor. Y respecto de su función y finalidad identificativa del firmante, tal valor dependerá de la forma de legitimación utilizada (presencial o simplemente por comparación).

3. CONCLUSIONES FINALES SOBRE LA NATURALEZA DE LA LEGITIMACIÓN DE FIRMAS: JUICIO DE VALOR SOBRE LA AUTORÍA DE UNA FIRMA O DACIÓN DE FE DE LA AUTENTICIDAD DE LA FIRMA

Dados estos efectos limitados, la legitimación de firmas ha sido considerada «ajena y acaso contradictoria con la esencia del notariado latino» y calificada como «la forma más primitiva de intervención notarial (OÑATE, 2001). También ha sido considerada el testimonio como «... un documento notarial embrionario, en que la intervención del notario se limita a yuxtaponer una mera diligencia adicional a un documento preexistente en cuya elaboración ha estado totalmente ajeno», aunque «no por ello puede rechazarse, ya que puede ser adecuado a determinados aspectos menores de la compleja vida jurídica» (OÑATE, 2001, siguiendo en este punto a RODRIGUEZ ADRADOS). Y, respecto de su naturaleza, la doctrina se debate sobre su consideración como juicio de valor sobre la autoría de una firma o dación de fe sobre la autenticidad de la firma:

a) Juicio de valor: como señala RIPOLL, cuya posición compartimos, la legitimación de firmas es un testimonio que tiene una peculiaridad: este testimonio supone un juicio de valor, una convicción del funcionario notarial de que la que la firma puesta en un documento pertenece a una persona determinada; en suma, un juicio positivo sobre la autoría de una firma (RIPOLL, 2003).

b) Dación de fe sobre la autenticidad de la firma: otros autores sostienen que el testimonio de legitimación de firmas es aquel en que el notario da fe de la autenticidad de una firma (es decir, haber sido estampada por la persona a la que se atribuye) (ÁVILA, 1990). Frente a ello ha de señalarse, como hace RIPOLL, que ello es competencia de un perito calígrafo y no de un testimonio de legitimidad de firmas: salvo que la firma haya sido puesta a su presencia, el notario no es competente para afirmar la autenticidad de una firma; sí es competente para llegar a la convicción mediante el juicio correspondiente y medios procedentes de que la firma, a su juicio, es análoga a la que normalmente utiliza una persona y por ello, racionalmente, puede y debe ser aceptado en el tráfico jurídico como «buena». Por ello, como dice este autor, es testimonio de que el notario considera como auténticas las firmas y considera este autor que no puede ser de otra forma porque los notarios, salvo que ostenten el título, no son peritos calígrafos. Por tanto, no dan de fe de la autenticidad de la firma sino que la consideran auténtica (RIPOLL, 2003).

Por tanto, la legitimación simplemente es un testimonio o juicio del notario de que una firma pertenece al firmante; y ello es necesario en aquellos casos en los que en un documento se debe acreditar que la firma es de una persona. Ello puede conseguirse, en efecto, con mayor o menor seguridad según el procedimiento utilizado, en caso de legitimación notarial de firmas. Pero ello también puede conseguirse, como veremos incluso con igual si no superior seguridad en algunos casos, con la firma electrónica reconocida o cualificada basada en certificado reconocido o cualificado, en la medida que, precisamente, tiene como finalidad vincular una firma electrónica al titular del certificado correspondiente.

4. REFERENCIA A LA LEGITIMACIÓN NOTARIAL DE FIRMAS ELECTRÓNICAS RECONOCIDAS

Tras la regulación de la tradicional legitimación de firmas manuscritas en soporte papel, el artículo 261 del Reglamento Notarial regula de forma novedosa la legitimación notarial de firmas electrónicas reconocidas (actualmente, cualificadas) puestas en documento electrónico, lo cual podría considerarse, en principio, un argumento en contra de la sustituibilidad de la legitimación notarial por la utilización de sistemas de firma basados en certificado electrónico reconocido o cualificado o, cuanto menos, de su uso alternativo, objeto de este estudio. En concreto, dispone este precepto:

«1. El notario podrá legitimar las firmas electrónicas reconocidas puestas en los documentos en formato electrónico comprendidos en el ámbito

del artículo 258. Esta legitimación notarial tendrá el mismo valor que la que efectúe el notario respecto de documentos en soporte papel. La legitimación notarial de firma electrónica queda sujeta a las siguientes reglas:

1.^a El notario identificará al signatario y comprobará la vigencia del certificado reconocido en que se base la firma electrónica generada por un dispositivo seguro de creación de firma.

2.^a El notario presenciará la firma por el signatario del archivo informático que contenga el documento.

3.^a La legitimación se hará constar mediante diligencia en formato electrónico, extendido por el notario con firma electrónica reconocida.

2. La legitimación a que se refiere el apartado anterior se entenderá sin perjuicio de aquellos otros procedimientos de legitimación, distintos del notarial, previstos en la legislación vigente».

Obsérvese, de entrada, el ámbito de aplicación del artículo 261: se trata de la legitimación de firmas electrónicas cuando han sido puestas en presencia del notario: en tal caso, el notario identificará al signatario y comprobará la vigencia del certificado reconocido en que se base la firma electrónica generada por un dispositivo seguro de creación de firma, presenciará la firma por el signatario del archivo informático que contenga el documento y hará constar la legitimación mediante diligencia en formato electrónico, extendido por el notario con firma electrónica reconocida. Por tanto, se limita el ámbito de aplicación de la legitimación de firmas electrónicas reconocidas exclusivamente para la firma de documentos electrónicos en presencia directa del notario. Quedarían excluidas, dada la literalidad y procedimientos previstos en la norma, la legitimación de firmas electrónicas no realizadas en presencia notarial.

Por todo ello, este sistema de legitimación de firmas electrónicas reconocidas previsto en el artículo 261 nos merece una valoración negativa, por cuanto estas exigencias de presencialidad hacen inoperativo el procedimiento y son contrarias a las exigencias de celeridad y dinamismo propios de las comunicaciones electrónicas. Por lo que, por nuestra parte, consideramos que esta legitimación del artículo 261 del Reglamento Notarial solo será útil, conveniente y proporcionada en aquellos supuestos de operaciones de especial transcendencia económica o jurídica en los que las propias partes, por razones de máxima seguridad, acuerden la utilización de este sistema de legitimación electrónica de firma. O bien podría ser procedente, por equivalencia funcional, en aquellos supuestos excepcionales en que legalmente se exige de forma expresa y excluyente la presencialidad para la legitimación tradicional, supuestos, recuérdese, reservados para actos jurídicos de especial

transcendencia (caso de la legitimación de firma de documentos cambiarios, por sus especiales efectos jurídico-procesales).

Como hemos apuntado, la existencia de este artículo 261, dedicado específicamente a la regulación de la legitimación notarial de firmas electrónicas, podría de entrada ser utilizado como argumento para negar la equivalencia funcional entre la firma electrónica reconocida y la firma legitimada notarialmente, debido a que se aprueba precisamente tras la Ley 59/2003 de firma electrónica y sería el equivalente de la legitimación en papel aplicable a la firma electrónica reconocida. Sin embargo, consideramos que tal argumento contrario a la equivalencia no es válido a tales efectos, por cuanto, en primer lugar, una simple norma reglamentaria no puede alterar el sistema general de firma, su validez y eficacia legal, derivados de las normas con rango de ley derivadas, además, de las correspondientes Directivas comunitarias: en segundo lugar, no puede considerarse que la legitimación de firma electrónica reconocida del artículo 261 sea equivalente a la legitimación tradicional, por cuanto en esta última la presencialidad es solo una de las formas posibles de legitimación.

Asimismo, en tercer lugar, consideramos que tal argumento no es tampoco válido porque, como hemos puesto de manifiesto, el procedimiento de legitimación se caracteriza por su complejidad e inadecuación a las comunicaciones electrónicas dada la exigencia de presencialidad ante el notario a la hora de realizar la firma electrónica y la necesaria existencia de un documento electrónico. Por ello, y teniendo en cuenta que, como veremos, existen mecanismos alternativos que pueden cumplir una función identificativa de forma adecuada (los certificados reconocidos), consideramos que debe presidir la aplicación de este precepto la idea de proporcionalidad. De forma que la legitimación del artículo 261 del Reglamento Notarial debería quedar reservada a actuaciones de especial trascendencia jurídica y económica, cuando las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, deciden utilizar tal recurso, o en supuestos excepcionales en que pueda considerarse que es exigible legalmente (p. ej., aquellos supuestos en que legalmente se exige de forma expresa la legitimación presencial por comparecencia ante notario). Más allá, su exigencia y aplicación sería excesiva y desincentivadora de las comunicaciones electrónicas, por lo que debería aplicarse (o debería poder aplicarse) el mecanismo alternativo, esto es, la firma reconocida o cualificada basada en certificados reconocidos o cualificados que, como veremos, cumplen la función de identificar a los firmantes.

A estos efectos, y en la línea de los argumentos expuestos, ha de tenerse en cuenta la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades. En efecto, tal como se explica en el

Considerando (20) de la Directiva, a fin de combatir el fraude y el pirateo empresarial, y de ofrecer garantías sobre la fiabilidad y la credibilidad de los documentos e información contenidos en los registros nacionales, las disposiciones relativas a los procedimientos en línea establecidos en la Directiva deben incluir también controles de la identidad y la capacidad jurídica de las personas que deseen constituir una sociedad o registrar una sucursal, o presentar documentos e información. El desarrollo y la adopción de los medios y los métodos para llevar a cabo esos controles debe dejarse a los Estados miembros, que «deben estar facultados para requerir la participación de notarios o abogados en cualquier fase de los procedimientos en línea». Sin embargo, continúa el Considerando (20) «dicha participación no debe impedir que se complete el procedimiento íntegramente en línea», cosa que si ocurriría con la aplicación generalizada de la exigencia de legitimación notarial de firma electrónica o cualificada actualmente prevista en el artículo 261 del Reglamento Notarial.

A continuación, el Considerando (21) dispone que cuando se justifique por razón de interés público en impedir el uso indebido o la alteración de identidad, o en garantizar el cumplimiento de las normas sobre capacidad jurídica y sobre el poder de los solicitantes para representar a una sociedad, los Estados miembros deben poder adoptar medidas, de conformidad con el Derecho nacional, que podrían exigir la presencia física del solicitante o de cualquier autoridad o persona u organismo habilitado en virtud del Derecho nacional para tratar cualquier aspecto de los procedimientos en línea, del Estado miembro en el que la sociedad vaya a constituirse o una sucursal vaya a registrarse. Sin embargo, señala el considerando a continuación, «tal presencia física no debe exigirse sistemáticamente, sino solo caso por caso cuando existan motivos para sospechar una falsificación de identidad o un incumplimiento de las normas sobre capacidad jurídica y sobre el poder de los solicitantes para representar a una sociedad. Esa sospecha debe basarse en información de que dispongan las autoridades o personas u organismos habilitados en virtud del Derecho nacional para efectuar dichos tipos de controles»³. Por tanto, no de forma sistemática sino puntual, casuística y justificada por razones de interés público puede exigirse la presencia física ante autoridad competente, en línea con nuestra propuesta de utilización del procedimiento de legitimación notarial de firma electrónica o cualificada del artículo 261 del Reglamento de forma proporcionada y para actuaciones de especial transcendencia o, como es el caso, en las que quede debidamente justificada esta exigencia, que, en otro caso, de aplicarse y exigirse de forma generalizada, puede entorpecer las comunicaciones electrónicas.

En suma, la legitimación notarial de firmas está pensada para la verificación de firmas manuscritas pero es totalmente inadecuada para las firmas electrónicas, y por ello su regulación no es obstáculo para la admisión

de la firma electrónica como equivalente funcional de la firma legitimada notarialmente tradicional, debiendo reservarse, si acaso, la legitimación de firma electrónica reconocida del artículo 261 para actos de especial trascendencia o justificación.

III. FIRMA ELECTRÓNICA RECONOCIDA (O CUALIFICADA). EQUIVALENCIA FUNCIONAL CON LA LEGITIMACIÓN NO- TARIAL

1. FIRMA ELECTRÓNICA Y FIRMA ELECTRÓNICA RECONOCIDA O CUALIFICADA. CONCEPTO Y VALIDEZ LEGAL

En estos momentos, en el derecho español, como normativa específica en materia de firma electrónica, es de aplicación la Ley 59/2003 de firma electrónica (en adelante, también, LFE) y junto con el Reglamento (UE) núm. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE de firma electrónica.

El artículo 3 LFE, y también el artículo 3 del Reglamento de identificación electrónica, nos sitúa ante el concepto central y objetivo básico de estas normativas: la firma electrónica que sustituye a la firma manuscrita tradicional en las comunicaciones electrónicas. Sin embargo, como es sabido, la Ley de firma electrónica, igual que el Reglamento de identificación electrónica, establece distintos conceptos de firma, con distintas exigencias, y distintos niveles seguridad, en particular, y por lo que ahora nos interesa, respecto de la identificación del firmante.

A) Así, de entrada, el apartado 1 del artículo 3 LFE define de forma general la firma electrónica como «el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante».

Igualmente, el artículo 3, apartado 10 del Reglamento de identificación electrónica define la «firma electrónica», como «los datos en formato electrónico anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos que utiliza el firmante para firmar».

Conforme a estas nociones generales, una firma electrónica sería simplemente cualquier método o símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita. En realidad, de entre estas funciones se exige en el

artículo 3.1 LFE únicamente la de identificación (que ni siquiera es exigida expresamente en el Reglamento); en cambio, no es necesario que la firma electrónica dé integridad al mensaje (y de hecho, en el caso de la firma manuscrita tampoco es siempre así de forma plena; la firma manuscrita de un documento manuscrito sí puede tener tales efectos; pero piénsese en el caso de documentos mecanografiados o impresos). Se trata, además, de un concepto tecnológicamente indefinido, por cuanto no se refiere a tecnología específica alguna (criptografía simétrica o asimétrica, contraseñas, etc.).

B) Junto a esta primera definición general, y probablemente por su excesiva amplitud, hallamos el tercer concepto legal de firma electrónica, el más estricto, y el que centramos nuestra atención en este trabajo: la firma electrónica reconocida, según la Ley 59/2003 de firma electrónica; o la firma electrónica cualificada, según el Reglamento comunitario de identificación electrónica. En efecto, en el artículo 3.3 LFE se define la firma electrónica reconocida como:

«la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma».

Por su parte, el apartado 12 del artículo 3 del Reglamento de identificación electrónica define la «firma electrónica cualificada» como «una firma electrónica avanzada que se crea mediante un dispositivo cualificado de creación de firmas electrónicas y que se basa en un certificado cualificado de firma electrónica».

Esta nueva noción (firma electrónica reconocida/cualificada) aparece, en principio, como especialmente relevante ya que ambas normativas a efectos de reconocimiento de validez y eficacia a la firma electrónica, equiparan precisamente la firma electrónica reconocida (o cualificada) a la firma manuscrita (siempre que aquella cumpla además otros requisitos). En concreto, el artículo 3.4 LFE dispone que:

«La firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel».

Una previsión similar se establece en el Reglamento (UE) núm. 910/2014. En efecto, en el artículo 25 del Reglamento, relativo a la identificación electrónica, dedicado a los efectos jurídicos de las firmas electrónicas, se dispone, en su apartado 2, que «Una firma electrónica cualificada tendrá un efecto jurídico equivalente al de una firma manuscrita» consagrando así la equivalencia funcional entre ambas; y, asimismo, y con el objetivo de interoperabilidad que persigue el Reglamento, el apartado 3 dispone que

«Una firma electrónica cualificada basada en un certificado cualificado emitido en un Estado miembro será reconocida como una firma electrónica cualificada en todos los demás Estados miembros».

De esta forma tanto la normativa española como la comunitaria establecen la regla del equivalente funcional entre firma electrónica reconocida o cualificada y firma manuscrita. Para que se produzca esta equiparación entre firma electrónica reconocida o cualificada y firma manuscrita, en virtud de una interpretación conjunta de los artículos 3.4 y 3.3 LFE, es necesario el cumplimiento de una serie de requisitos:

a) debe tratarse de una firma electrónica avanzada, es decir, aquella que cumple los requisitos establecidos en el artículo 3.2 LFE, y el artículo 26 del Reglamento comunitario de identificación electrónica, relativos, básicamente, a la autenticidad e integridad del mensaje y que nos sitúan hoy día ante la firma digital basada en la criptografía asimétrica. Así, según el artículo 3.2 LFE:

«La firma electrónica avanzada es la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede utilizar, con un alto nivel de confianza, bajo su exclusivo control».

Y, conforme al artículo 26 del Reglamento de identificación electrónica, una firma electrónica avanzada cumplirá los requisitos siguientes: «a) estar vinculada al firmante de manera única; b) permitir la identificación del firmante; c) haber sido creada utilizando datos de creación de la firma electrónica que el firmante puede utilizar, con un alto nivel de confianza, bajo su control exclusivo, y d) estar vinculada con los datos firmados por la misma de modo tal que cualquier modificación ulterior de los mismos sea detectable».

Se trata, por tanto, de una firma que debe cumplir una serie de requisitos que se considera que añaden calidad a la firma electrónica, que es así una firma más segura, en la medida que se puede hacer frente a algunos de los riesgos de las comunicaciones electrónicas. En efecto, obsérvese que con las tres primeras exigencias (identificación del signatario, creación por medios bajo su exclusivo control y vinculación única al mismo) lo que se pretende, y es relevante a los efectos de este estudio, es garantizar la autenticación del autor y evitar el rechazo en origen de los mensajes electrónicos (es decir, que sea posible determinar su autoría y que el autor no puede negarla); y que con el último requisito (vinculación a los datos que permite detectar cualquier alteración ulterior) se pretende salvaguardar la integridad de los documentos electrónicos.

b) dicha firma electrónica avanzada ha de estar basada en un certificado reconocido, es decir, aquel que cumple los requisitos de los artículos 11, 12

y 13 LFE (en particular, las exigencias en materia de comprobación de la identidad del solicitante, que se realizará, de forma general, con personación física del mismo ante el prestador de servicios de certificación o entidad delegada) y ha sido expedido por un prestador que cumple los requisitos del artículo 20 LFE. O bien, conforme al Reglamento comunitario, ha de estar basada en un certificado cualificado, que según el artículo 3, apartado 15, es «un certificado de firma electrónica que ha sido expedido por un prestador cualificado de servicios de confianza y que cumple los requisitos establecidos en el anexo I»;

c) dicha firma electrónica avanzada, además, ha de haber sido producida por un dispositivo seguro de creación de firma, que es aquel programa o sistema informático que sirve para aplicar los datos de creación de firma y que cumple las exigencias de seguridad legalmente establecidas en el artículo 24 LFE. Igualmente, el Reglamento (UE) núm. 910/2014 relativo a la identificación electrónica exige la utilización de «dispositivos cualificados de creación de firma electrónica» que son aquellos dispositivos de creación de firmas electrónicas que cumplen los requisitos de seguridad enumerados en el anexo II (apartado 23 del art. 3).

Dada la finalidad de este estudio de analizar la firma electrónica reconocida o cualificada y sus efectos identificativos, a fin de determinar su posible equivalencia funcional con la firma legitimada notarialmente, nos centramos en el principal elemento identificativo de la firma reconocida o cualificada, esto es, el certificado reconocido o cualificado⁴.

2. REQUISITOS DE LA FIRMA ELECTRÓNICA RECONOCIDA O CUALIFICADA. ESPECIAL REFERENCIA AL CERTIFICADO RECONOCIDO O CUALIFICADO Y SU CONTRIBUCIÓN A LA FUNCIÓN IDENTIFICATIVA

Como hemos señalado, la firma electrónica reconocida ha de estar basada en un certificado reconocido, es decir, aquel que cumple los requisitos de los artículos 11, 12 y 13 LFE (en particular, las exigencias en materia de comprobación de la identidad del solicitante, que se realizará, de forma general, con personación física del mismo ante el prestador de servicios de certificación o entidad delegada) y ha sido expedido por un prestador que cumple los requisitos del artículo 20 LFE. Y, conforme al apartado 12 del artículo 3 del Reglamento europeo de identificación electrónica, la firma electrónica cualificada es aquella que se basa en certificado cualificado de firma electrónica,

En el Derecho español, de forma descriptiva, en el apartado II de la exposición de motivos de la Ley 59/2003 de firma electrónica se define la noción de «certificado electrónico» de forma general y remarcando su

función identificativa: «... son documentos electrónicos que relacionan las herramientas de firma electrónica en poder de cada usuario con su identidad personal, dándole así a conocer en el ámbito telemático como firmante».

El texto articulado de la Ley de firma electrónica distingue también dos tipos de certificados. Así, de entrada, el artículo 6 LFE que estamos analizando, ubicado en el capítulo I (disposiciones generales) del título I (Certificados electrónicos), y bajo el título «Certificados electrónicos», define, en su apartado 1, de forma general, y en clave tecnológicamente neutral el certificado electrónico como «... un documento firmado electrónicamente por un prestador de servicios de certificación que vincula unos datos de verificación de firma a un firmante y confirma su identidad».

Igualmente, el Reglamento, en su artículo 3 distingue también entre «certificado de firma electrónica» y «certificado cualificado de firma electrónica»: «14) «certificado de firma electrónica», una declaración electrónica que vincula los datos de validación de una firma con una persona física y confirma, al menos, el nombre o el seudónimo de esa persona; 15) «certificado cualificado de firma electrónica», un certificado de firma electrónica que ha sido expedido por un prestador cualificado de servicios de confianza y que cumple los requisitos establecidos en el anexo I»

En cualquier caso, estas definiciones legales señalan la función básica de los certificados, y el elemento clave de tal función: la comprobación de la identidad del firmante, que plantea la cuestión de la responsabilidad del prestador en caso de emisión de certificados inexactos. Estos dos elementos (comprobación de identidad y responsabilidad del prestador por tal comprobación) son claves para la seguridad del sistema de firma electrónica y la función identificativa de los certificados, y pasamos por ello a analizarlos a continuación.

A) Sistemas de identificación

En la práctica se utilizan distintos sistemas de verificación (personación física ante la autoridad de certificación o una autoridad de registro local delegada, envío de documentos acreditativos, suministro de información «on-line»), de entre los que el único que ofrece seguridad (y no absoluta, pues aun así podrían darse excepcionalmente supuestos de suplantación de personalidad no detectados y ni siquiera detectables por un proveedor diligente) es el de la presencia física.

La Ley 59/2003 de firma electrónica de forma absolutamente novedosa, sin que le venga exigido en aquel momento en el derecho comunitario y sin precedente similar en el Real Decreto Ley 14/1999, establece la obligatoria comprobación de identidad a través de personación física pero no de for-

ma general para todo certificado sino únicamente para una clase especial de certificados: los denominados certificados reconocidos, regulados en el capítulo II de este mismo título. Igualmente, en la misma línea, el artículo 24.1 del Reglamento europeo de identificación electrónica establece que al expedir un certificado cualificado, un prestador cualificado de servicios de confianza verificará, por los medios apropiados y de acuerdo con el Derecho nacional, la identidad y, si procede, cualquier atributo específico de la persona física o jurídica a la que se expide un certificado cualificado, verificación que se realizará «a) en presencia de la persona física o de un representante autorizado de la persona jurídica».

El artículo 11.2 LFE, cuando regula los requisitos de contenido para la existencia de un certificado reconocido, dispone que «Los certificados reconocidos incluirán, al menos, los siguientes:

«e) La identificación del firmante, en el supuesto de personas físicas, por su nombre y apellidos y su número de Documento Nacional de Identidad o a través de un seudónimo que conste como tal de manera inequívoca y, en el supuesto de personas jurídicas, por su denominación o razón social y su Código de Identificación Fiscal».

Obsérvese que no se hace referencia en este artículo 11 LFE a la forma de identificación de los solicitantes de certificados; sin embargo, como veremos posteriormente, a esta cuestión se dedican el artículo 12 y especialmente el artículo 13 de la Ley 59/2003 de firma electrónica que, de forma novedosa en aquel momento, exige, como regla general, la personación física del solicitante ante la autoridad de certificación o entidad delegada para proceder a la comprobación presencial de su identidad; lo cual contribuye a la mayor seguridad del sistema de certificados reconocidos, y, en definitiva, a la de las firmas electrónicas que se basan en los mismos.

En efecto, el artículo 12 LFE establece una serie de obligaciones que deben cumplir los prestadores de servicios de certificación antes de la emisión de un certificado reconocido; entre ellas, de forma particular, tienen la obligación de comprobación de identidad del solicitante como elemento esencial para la seguridad de los certificados y las firmas electrónicas. Con estas exigencias del artículo 12, la Ley 59/2003 refuerza la seguridad de los certificados reconocidos exigiendo una serie de comprobaciones previas a su emisión que darán mayor fiabilidad a este tipo de certificados (de entre ellas destaca la exigencia de comprobación de identidad con personación física, establecida en el artículo 13 al que remite el artículo 12 de la Ley). Igualmente, el Reglamento de identificación electrónica, en su artículo 24, establece que un prestador cualificado de servicios de confianza verificará, por los medios apropiados y de acuerdo con el Derecho nacional, la

identidad de la persona física o jurídica a la que se expide un certificado cualificado; y en cuanto a las formas de verificación de la identidad, se exige que se realice fundamentalmente en presencia de la persona física o a distancia, pero utilizando medios de identificación electrónica para los cuales se haya garantizado la presencia de la persona física.

Muestra de la importancia que el legislador da a estas exigencias para la seguridad del sistema de certificados es la consideración de su incumplimiento como infracción muy grave o grave, según las circunstancias. En efecto, desde el punto de vista administrativo, estas obligaciones del artículo 12 LFE pueden dar lugar, en caso de incumplimiento, a infracciones graves o muy graves según las circunstancias. Así, en primer lugar, conforme al artículo 31.2.b) LFE «La expedición de certificados reconocidos sin realizar todas las comprobaciones previas señaladas en el artículo 12, cuando ello afecte a la mayoría de los certificados reconocidos expedidos en los tres años anteriores al inicio del procedimiento sancionador o desde el inicio de la actividad del prestador si este periodo es menor» es infracción muy grave que, de acuerdo con el artículo 32 LFE implica básicamente multa de 150.001 a 600.000 euros. Y, en segundo lugar, conforme al artículo 31.2.c) LFE «La expedición de certificados reconocidos sin realizar todas las comprobaciones previas indicadas en el artículo 12, en los casos en que no constituya infracción muy grave» es infracción grave que, de acuerdo con el artículo 32 implica la sanción de multa de 30.001 a 150.000 euros.

En cuanto a los métodos de comprobación de la identidad de los solicitantes, en la práctica se utilizan distintos sistemas de verificación de la identidad del solicitante de un certificado, basados en el uso de una o más técnicas, o de la combinación de varias de ellas. De entre estos distintos sistemas de verificación de la identidad del solicitante de un certificado (presencia física, envío de documentos acreditativos y suministro de información en línea, no siempre verificada), el que ofrece mayor seguridad es el de la presencia física. Y es el exigido, precisamente, por el artículo 13 LFE para la emisión de certificados reconocidos, y por el artículo 24.1.a) del Reglamento europeo de identificación electrónica para la emisión de certificados cualificados. Por ello, y por su incidencia en el objeto de este trabajo, pasamos a analizarlo a continuación.

B) La comprobación de identidad por personación física en caso de expedición de certificados reconocidos y cualificados ex artículo 13 LFE y artículo 24 reglamento (UE) 910/2014

Como hemos visto, el artículo 12 LFE, entre las obligaciones previas a la expedición de certificados reconocidos asumidas por el prestador de

servicios de certificación incluye, en su apartado a), la consistente en «Comprobar la identidad y circunstancias personales de los solicitantes de certificados» remitiendo para ello al artículo siguiente («con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente»). Y, a tales efectos, el artículo 13 LFE se dedica específicamente, como pone de manifiesto su título, a la «Comprobación de la identidad y otras circunstancias personales de los solicitantes de un certificado reconocido».

En concreto, el artículo 13 regula, en su apartado 1, la forma de identificar a la persona física solicitante de un certificado reconocido; en su apartado 2 (modificado por la Ley 56/2007 de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información), las comprobaciones a realizar en caso de certificados reconocidos de persona jurídica⁵; en el apartado 4 se establecen una serie de excepciones a las exigencias generales de comprobación; y, finalmente, el apartado 5 regula la realización de las actuaciones de comprobación por medio de otras personas y la responsabilidad asumida por el prestador en tal caso.

A estas cuestiones nos dedicamos a continuación, analizando, de forma paralela, la regulación sobre esta cuestión realizada en el Reglamento (UE) 910/2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior, que, como hemos señalado, en su artículo 24.1 (Requisitos para los prestadores cualificados de servicios de confianza), dispone que «Al expedir un certificado cualificado para un servicio de confianza, un prestador cualificado de servicios de confianza verificará, por los medios apropiados y de acuerdo con el Derecho nacional, la identidad y, si procede, cualquier atributo específico de la persona física o jurídica a la que se expide un certificado cualificado», verificación que puede realizarse «en presencia de la persona física o de un representante autorizado de la persona jurídica» (apartado a) o bien por otros medios regulados en el apartado b) («a distancia, utilizando medios de identificación electrónica, para los cuales se haya garantizado la presencia de la persona física o de un representante autorizado de la persona jurídica previamente a la expedición del certificado cualificado, y que cumplan los requisitos establecidos con el artículo 8 con respecto a los niveles de seguridad «sustancial» o «alto»), apartado c) («por medio de un certificado de una firma electrónica cualificada o de un sello electrónico cualificado expedido de conformidad con la letra a) o b)», y apartado d) («utilizando otros métodos de identificación reconocidos a escala nacional que aporten una seguridad equivalente en términos de fiabilidad a la presencia física. La seguridad equivalente será confirmada por un organismo de evaluación de la conformidad»).

- a) Comprobación de identidad en caso de solicitante persona física. Regla general de personación física (art. 13, apartado 1 LFE y art. 24.1.a. Reglamento europeo de identificación electrónica)

De entrada, debe tenerse presente que, como venimos señalando, todo certificado, sea cual sea su clase o categoría, para ser considerado como tal debe cumplir una función básica, que, de hecho, aparece en las distintas definiciones legales de las que han sido objeto los certificados al hacerse referencia, en todas ellas, al elemento clave de tal función: la comprobación de la identidad del firmante. La función central del certificado es, efectivamente, vincular un dato o elemento de verificación de firma (una clave pública, en el caso de criptografía asimétrica) a una persona determinada. Por ello, es esencial la confirmación y verificación de identidad del titular de tal elemento, tanto en el caso de certificados reconocidos o cualificados como de certificados no reconocidos o no cualificados.

Como hemos visto, en la Ley 59/2003 de firma electrónica, en principio, aun cuando la definición legal de certificado remarca la comprobación de identidad, no se especifica sistema alguno (art. 6 LFE); del mismo modo, al establecer los requisitos de contenido del certificado reconocido, al exigir el relativo a la identidad del solicitante, no existe referencia alguna a la forma de comprobación de tal identidad (art. 11.2 LFE). No obstante, la propia definición de certificado reconocido (art. 11.1 LFE) y la referencia a esta clase de certificados en la exposición de motivos de la Ley de Firma Electrónica (apartado II) parece poner de manifiesto una mayor seguridad de los mismos en materia de comprobación de identidad. Y así lo confirma el artículo 13 que, como veremos a continuación, exige expresamente de forma general en caso de solicitud de un certificado reconocido la personación física del solicitante ante la autoridad de certificación o entidad delegada de la misma a efectos de una comprobación presencial y directa de su identidad; sistema general que puede convivir, en determinadas situaciones y circunstancias con distintos sistemas alternativos (legitimación notarial de firma, certificado basado en certificado previo, etc.).

Igualmente, el artículo 24 del Reglamento europeo de identificación electrónica, dispone, en su apartado 1, que al expedir un certificado cualificado, un prestador cualificado de servicios de confianza, verificará, «por los medios apropiados y de acuerdo con el Derecho nacional», la identidad y, en su caso, cualquier atributo específico de la persona física o jurídica a la que se expide un certificado cualificado; verificación que podrá realizarse por el prestador de servicios de confianza bien directamente o bien por medio de un tercero de conformidad con el Derecho nacional; y como primer medio de verificación se establece, precisamente, la realizada «en presencia de la persona física o de un representante autorizado de la persona jurídica»

(art. 24.1.a), verificación presencial que, como veremos, convive con estos posibles sistemas de verificación.

Este sistema general de verificación presencial, que se contempla tanto en el Derecho español como en el comunitario, es el que pasamos a analizar a continuación. En concreto, el artículo 13.1 LFE dispone que:

«La identificación de la persona física que solicite un certificado reconocido exigirá su personación ante los encargados de verificarla y se acreditará mediante el Documento Nacional de Identidad, pasaporte u otros medios reconocidos en Derecho. Podrá prescindirse de la personación si su firma en la solicitud de expedición de un certificado reconocido ha sido legitimada en presencia notarial.

El régimen de personación en la solicitud de certificados que se expidan previa identificación del solicitante ante las Administraciones públicas se regirá por lo establecido en la normativa administrativa».

Por tanto, en el caso de certificados reconocidos solicitados por persona física, el sistema general de comprobación de identidad del titular (art. 13.1, primer inciso, LFE, en el mismo sentido, art. 24.1.a) del Reglamento europeo de identificación electrónica) exige la personación física y presencial del solicitante de certificados cualificados ante los encargados de verificarla (normalmente la propia autoridad de certificación o una autoridad de registro delegada por cuyas actuaciones responde aquella primera, tal como establece el art. 13.5 LFE), debiéndose acreditar a través de la exhibición y examen del documento nacional de identidad, pasaporte u «otros medios reconocidos en derecho». De esta forma, de entre los distintos sistemas teóricamente posibles, y utilizados en la práctica comercial, se opta por el sistema más seguro de comprobación de identidad no para todo certificado pero sí al menos para los certificados reconocidos o cualificados, que, con esta exigencia de la Ley de firma electrónica y también del Reglamento comunitario de identificación electrónica, incrementan su seguridad y contribuyen a dar mayor fiabilidad a las firmas electrónicas basadas en ellos.

No obstante, como peculiaridad del derecho español (no contemplada expresamente en el Reglamento comunitario, pero cabe entender en principio que admisible, dada la remisión de este a los medios apropiados conforme al Derecho nacional, artículo 24.1, y subsumible en alguna de las previsiones de ese mismo precepto reglamentario), conforme al artículo 13.1, párrafo primero, segundo inciso, podrá prescindirse del sistema general de personación física en el caso de firma de la solicitud de expedición de un certificado reconocido con legitimación notarial. Solo a los efectos de este apartado, y sin perjuicio del análisis más detallado realizado en otros apartados, conforme al artículo 256 del Reglamento Notarial, la legitimación de firmas es «un

testimonio que acredita el hecho de que una firma ha sido puesta a presencia del notario, o el juicio de este sobre su pertenencia a persona determinada» (art. 256, párrafo primero), sin que el notario asuma «responsabilidad alguna por el contenido del documento cuyas firmas legitime» (art. 256, párrafo segundo). Por tanto, la legitimación notarial de la firma de una solicitud de certificado de firma electrónica implica que la firma de tal solicitud ha sido realizada ante un notario, como fedatario público especialmente cualificado; o bien que un notario emite el juicio de que la firma de la solicitud pertenece efectivamente al solicitante. En el caso que analizamos, obsérvese que se permite prescindir de la personación física «si su firma en la solicitud de expedición de un certificado reconocido ha sido legitimada en presencia notarial». Existe, en definitiva, la intervención de un notario, fedatario público especialmente cualificado, con la finalidad de garantizar la pertenencia de la firma al solicitante; pero además el legislador parece optar por la forma de legitimación más segura de entre las distintas posibles, que es la legitimación notarial presencial, lo cual debe valorarse positivamente porque añade más seguridad al procedimiento (esta misma exigencia de legitimación notarial en este supuesto se mantiene en el artículo 7 del Proyecto de Ley Reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, que sustituirá, en su caso, a la actual Ley 59/2003 de firma electrónica).

Y, precisamente, por esa intervención previa garantista, el legislador, como excepción, parece haber considerado innecesaria la personación física del solicitante, que es el sistema general de comprobación de identidad, ante la autoridad de certificación o entidad delegada. En definitiva, se sustituye la personación física ante el prestador de servicios de certificación (o autoridad de registro delegada) a efectos de solicitud del certificado y comprobación de identidad por, de forma general, una previa personación física ante un notario a efectos de legitimación de la firma de aquella solicitud. Existiría, por tanto, una comprobación previa de identidad realizada por un notario que fundamentaría la excepción. Y cabe plantear ya en este momento esta sustitución legal de la personación física ante el prestador por una solicitud con firma legitimada notarialmente (en este caso, de forma presencial) como un argumento para la equiparación funcional de ambas. Y obsérvese que la equiparación se realiza respecto de la forma de legitimación más segura, la basada en la personación física del solicitante ante el notario.

No obstante, la admisión de esta excepción nos plantea algunas dudas; de entre ellas, la inexistencia de plazo temporal máximo para la admisión de estas solicitudes basadas en la legitimación notarial de la firma del solicitante, de tal forma que podría darse la situación de que un prestador de servicios de certificación admita una solicitud con legitimación notarial de firma, y sin realizar la preceptiva comprobación de identidad por personación física, pese a que la legitimación se produjo muchos años antes; en

esta situación pueden haberse producido cambios tales como la muerte del solicitante y titular del certificado, una variación de sus capacidades, que no puedan ser apreciadas por el prestador dada la inexistencia de personación física. De ahí que, ante la inexistencia de plazo temporal máximo legal, resulte conveniente que las declaraciones de prácticas de certificación (o incluso la propia solicitud) contenga un periodo de vigencia máximo para las solicitudes con legitimación notarial de firma (similar al contenido en el apartado 4 del mismo art. 13 LFE), transcurrido el cual estas no puedan ser aceptadas.

Este problema derivado de la inexistencia de plazo temporal máximo legal podría solventarse con su inclusión en el Proyecto de Ley Reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza (que vendrá a sustituir, en su caso, a la Ley 59/2003). No obstante, no parece haber sido intención del redactor del Proyecto, al menos en esta fase inicial. Así, el artículo 7 del Proyecto (relativo a la «Comprobación de la identidad y otras circunstancias de los solicitantes de un certificado cualificado») en su apartado 1 dispone, en la misma línea de las previsiones del artículo 13 de la Ley 59/2003 que analizamos⁶, que «La identificación de la persona física que solicite un certificado cualificado exigirá su personación ante los encargados de verificarla y se acreditará mediante el documento nacional de identidad, pasaporte u otros medios admitidos en Derecho»; pudiendo también «prescindirse de la personación de la persona física que solicite un certificado cualificado si su firma en la solicitud de expedición de un certificado cualificado ha sido legitimada en presencia notarial» sin que, como señalábamos, tampoco exista plazo legal máximo respecto de la legitimación notarial de la firma de la solicitud que permite prescindir de la personación física, con la problemática mencionada.

Es cierto que este mismo artículo 7 del Proyecto de Ley, en su apartado 6, que establece que «Lo dispuesto en los apartados anteriores podrá no ser exigible cuando la identidad u otras circunstancias permanentes de los solicitantes de los certificados constaran ya al prestador de servicios de confianza en virtud de una relación preexistente, en la que, para la identificación del interesado, se hubiese empleado el medio señalado en el apartado primero y el periodo de tiempo transcurrido desde la identificación fuese menor de cinco años» [previsión similar a la del art. 13.4.a) LFE que analizaremos en el apartado siguiente]. Por tanto, conforme al artículo 7.6 se establece también que podrá prescindirse de la personación física para la comprobación de identidad cuando esta ya constara al prestador de servicios de confianza en virtud de una relación preexistente (p. ej., la solicitud de otro certificado al mismo prestador) en que se hubiera utilizado el sistema del apartado 1 y para este supuesto sí se establece expresamente una limitación legal temporal: menos de cinco años desde la identificación. La finalidad de

esta previsión es evitar el denominado «encadenamiento de certificados» y de ahí la limitación temporal de 5 años para romper la cadena que, en otro caso, de alargarse podría generar inseguridad respecto de las garantías del certificado. Pero este límite temporal no parece aplicable de forma directa al supuesto que analizamos de legitimación notarial de la firma de la solicitud del apartado 1 salvo que se realice una interpretación teleológica y analógica que conduzca a su aplicación extensiva también a ese supuesto; de ahí que consideremos que, en la fase de enmiendas, debiera introducirse una previsión al respecto en el Proyecto de Ley.

Todo ello (que es nuestra cuestión principal a efectos de este trabajo) sin perjuicio de otras consideraciones que nos merece esta previsión del apartado 6 del Proyecto de Ley tales como la relativa a si la referencia en el «medio señalado en el apartado primero» se refiere solo a la primera previsión del ese apartado 1 (personación física ante el prestador o entidad delegada) o también a la segunda (legitimación notarial de la firma de la solicitud). En suma, si una relación preexistente con el prestador consistente en la emisión de un primer certificado basada en solicitud con firma legitimada notarialmente permite también la emisión de un nuevo y segundo certificado sin comprobación presencial (en este caso, entendemos que sí con el límite temporal de cinco años respecto de tal legitimación). En línea con la intención del legislador de evitar el denominado «encadenamiento» de certificados probablemente la respuesta deba ser negativa pues la emisión del segundo certificado no estaría basada en la comprobación presencial previa realizada por el propio prestador para el primer certificado sino en la legitimación notarial de la firma de la primera de solicitud (lo que supondría añadir un eslabón a la cadena que podría introducir inseguridad especialmente si esta legitimación notarial, como señalamos, no tiene límite temporal para el primer certificado); en este sentido, como argumento literal, cabe señalar que el mismo apartado 6 del artículo 7 se refiere al «medio señalado en el apartado primero», por tanto, en singular lo cual permite entender (o cuanto menos genera la duda) que hace referencia solo a la forma principal de comprobación por personación física ante el prestador; y también se hace referencia al «periodo de tiempo transcurrido desde la identificación» que ha de ser «menor de cinco años», previsión que literalmente podría utilizarse para sostener la exclusión de los certificados previos con legitimación notarial pues, en tal caso, no hay estrictamente comprobación de identidad. En cualquier caso, de entenderse que el apartado 6 se está refiriendo también a la legitimación notarial del apartado 1, entonces le sería aplicable el límite temporal del apartado 2 para el segundo certificado (siendo deseable que ello se extendiera también, como hemos señalado, para el primer certificado). De tal forma que en el año 2020 podría emitirse un certificado con solicitud basada en firma legitimada notarialmente de

forma presencial en el año 2012 pero no podría emitirse a continuación un segundo certificado basado en este primero porque la legitimación supera ese límite máximo de 5.

b) Excepciones al sistema general. Otros sistemas alternativos

Como hemos visto, de forma general, el artículo 13.1 y 2 LFE establece la comprobación de identidad en el caso de certificados de persona física a través de la personación física ante el prestador de servicios de certificación o entidad delegada, y en el caso de persona jurídica, mediante los datos relativos a la constitución y personalidad jurídica y a la extensión y vigencia de las facultades de representación del solicitante. A continuación, el artículo 13.4 LFE («Lo dispuesto en los apartados anteriores podrá no ser exigible en los siguientes casos») contempla algunas situaciones que pueden considerarse como excepciones al sistema general de comprobación de identidad u otras circunstancias permanentes de los solicitantes de certificados establecido en los párrafos anteriores.

En la misma línea, aun cuando con una sistemática formal distinta (pues no aparecen como tales excepciones sino como alternativas a la personación física), el Reglamento europeo de identificación electrónica en su artículo 24.1 en sus apartados b) a d) contempla otros medios, distintos a la personación física en sentido estricto prevista en el apartado a) (aunque basados en ella) que pueden utilizarse para la identificación del titular de un certificado cualificado. Y también ocurre así en el Proyecto de Ley Reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, que, tras establecer en su artículo 7 la comprobación por personación física, contempla también la posibilidad de otros medios de identificación⁷.

Pasamos a analizar estas situaciones que pueden considerarse como excepciones al sistema general de comprobación de identidad de los solicitantes de certificados reconocidos o cualificados, siguiendo la regulación actualmente vigente de la Ley 59/2003, sin perjuicio de referencias al derecho comunitario o la proyectada regulación española en la materia:

1. Comprobación de identidad u otras circunstancias permanentes por relación preexistente inferior a cinco años [art. 13.4.a) LFE]. En primer lugar, cuando la identidad del solicitante (u otras circunstancias permanentes) constara ya al prestador en virtud de una relación preexistente en la que para su identificación se hubieran utilizado los medios generales y no hubieran transcurrido más de cinco años desde tal identificación [art.13.4.a) LFE]. Por tanto, parece que sería admisible una solicitud totalmente electrónica, sin desplazamiento físico ante la autoridad de certificación, pero con una com-

probación presencial indirecta en la medida que no existe en el caso concreto pero se basa en una relación previa en la que sí se dio tal circunstancia. Si el periodo transcurrido desde la relación previa es excesivo, pueden haber variado las circunstancias (p. ej., muerte de la persona física; aun cuando es causa de revocación puede que no se haya solicitado y sea utilizada por un tercero que solicite un nuevo certificado). De ahí la limitación temporal de cinco años.

Igualmente, como ya hemos avanzado en el apartado anterior, el artículo 7 del Proyecto de Ley Reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, en su apartado 6, que establece que «Lo dispuesto en los apartados anteriores podrá no ser exigible cuando la identidad u otras circunstancias permanentes de los solicitantes de los certificados constaran ya al prestador de servicios de confianza en virtud de una relación preexistente, en la que, para la identificación del interesado, se hubiese empleado el medio señalado en el apartado primero y el periodo de tiempo transcurrido desde la identificación fuese menor de cinco años». Por tanto, se mantiene en el Proyecto de Ley una previsión similar a la del artículo 13.4.a) LFE, aunque con algunas diferencias que ya hemos comentado en el apartado anterior y con una sistemática distinta (por cuanto no se configura formalmente como excepción)⁸.

2. Solicitud basada en un certificado previo expedido por el sistema de identificación general en fecha inferior a cinco años [art. 13.4.b)]. En segundo lugar, cuando para solicitar un certificado se utiliza otro (por lo que parece tratarse de una solicitud electrónica) para cuya expedición previa sí se haya seguido el sistema general de comprobación de identidad, y también, por las razones expuestas, con el límite temporal de cinco años.

En ambos casos estaríamos en una situación similar a la legitimación notarial de firma realizada por comparación con otros elementos que el notario tiene a su disposición (no a la legitimación con personación física ante el notario) pues, efectivamente, el prestador comprueba la identidad no de forma directa y presencial pero sí por referencia a otros medios e instrumentos en que sí ha existido tal comprobación presencial.

Respecto de esta segunda excepción que prevé la Ley 59/2003 de firma electrónica, el Reglamento europeo de identificación electrónica contiene una previsión similar (art. 24.1.c: «por medio de un certificado de una firma electrónica cualificada o de un sello electrónico cualificado expedido de conformidad con la letra a) o b), o») y, sin embargo, desaparece formalmente como tal en el Proyecto de Ley Reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza. Sí hallamos en el Proyecto de Ley la siguiente previsión, en su artículo 7, relativo a la comprobación de identidad, apartado 7 «Un certificado cualificado expedido de acuerdo con el artículo 24.1 c) del Reglamento (UE) 910/2014 no podrá ser utilizado para la obtención de un nuevo certificado cualificado».

La razón de ser de esta previsión, inexistente en la legislación española actual, la hallamos en la exposición de motivos del Proyecto de Ley, que tras señalar que el «tiempo máximo de vigencia» de los certificados cualificados «se mantiene en cinco años», indica a continuación que: «En este sentido, no se permite a los prestadores de servicios el denominado «encadenamiento» en la renovación de certificados cualificados utilizando uno vigente, más que una sola vez, por razones de seguridad en el tráfico jurídico».

Esta previsión y su finalidad de evitar «encadenamientos» que ciertamente restan seguridad al sistema de confianza de certificados, de forma más concreta y detallada, está relacionada con el Reglamento (UE) 910/2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior, a cuyo artículo 24.1.c remite el Proyecto de Ley pero no parece derivarse estricta y expresamente del mismo. En efecto dispone este precepto del Reglamento (art. 24 «Requisitos para los prestadores cualificados de servicios de confianza») que:

«1. Al expedir un certificado cualificado para un servicio de confianza, un prestador cualificado de servicios de confianza verificará, por los medios apropiados y de acuerdo con el Derecho nacional, la identidad y, si procede, cualquier atributo específico de la persona física o jurídica a la que se expide un certificado cualificado.

La información a que se refiere el párrafo primero será verificada por el prestador de servicios de confianza bien directamente o bien por medio de un tercero de conformidad con el Derecho nacional:

- a) en presencia de la persona física o de un representante autorizado de la persona jurídica, o
- b) a distancia, utilizando medios de identificación electrónica, para los cuales se haya garantizado la presencia de la persona física o de un representante autorizado de la persona jurídica previamente a la expedición del certificado cualificado, y que cumplan los requisitos establecidos con el artículo 8 con respecto a los niveles de seguridad «sustancial» o «alto», o
- c) por medio de un certificado de una firma electrónica cualificada o de un sello electrónico cualificado expedido de conformidad con la letra a) o b),
- d) utilizando otros métodos de identificación reconocidos a escala nacional que aporten una seguridad equivalente en términos de fiabilidad a la presencia física. La seguridad equivalente será confirmada por un organismo de evaluación de la conformidad».

Obsérvese que el artículo 24.1.c del Reglamento (UE) 910/2014 se refiere precisamente a la expedición de un certificado cualificado en el que la verificación de identidad se realiza tomando como base un certificado de

firma electrónica cualificada (o un sello electrónico cualificado, en el caso de personas jurídicas) emitidos conforme a las letras a) o b) del mismo precepto, esto es, con verificación de identidad realizada «en presencia de la persona física o de un representante autorizado de la persona jurídica» (letra a), o «a distancia, utilizando medios de identificación electrónica, para los cuales se haya garantizado la presencia de la persona física o de un representante autorizado de la persona jurídica previamente a la expedición del certificado cualificado, y que cumplan los requisitos establecidos con el artículo 8 con respecto a los niveles de seguridad «sustancial» o «alto» (letra b)⁹. Por tanto, el artículo 24.1.c nos sitúa ante certificados emitidos por comprobación indirecta de identidad basada en la comprobación realizada para la expedición de un previo certificado. Y, por ello, precisamente, estos certificados no pueden utilizarse nuevamente como base para la emisión de un tercer certificado y sucesivos, pues, en otro caso, se produciría el «encadenamiento» de certificados que el legislador español, en el Proyecto de Ley, quiere evitar, de forma entendemos que acertada para la seguridad del sistema pero no exigida estrictamente y literalmente por el Reglamento (UE) 910/2014 (aun cuando podría intentar derivarse del periodo de validez del certificado).

Finalmente, como ya se ha mencionado, tanto el Reglamento (UE) 910/2014 de identificación electrónica como el Proyecto de Ley reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza que sustituirá en su caso a la actual Ley 59/2003 de firma electrónica contemplan la posibilidad de utilizar «otros métodos de identificación reconocidos a escala nacional que aporten una seguridad equivalente en términos de fiabilidad a la presencia física. La seguridad equivalente será confirmada por un organismo de evaluación de la conformidad» (art. 24.1.d del Reglamento), mientras el artículo 7, apartado 2 del Proyecto de Ley establece que «Por Orden de la persona titular del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital se determinarán las condiciones y requisitos técnicos aplicables a la verificación de la identidad y, si procede, otros atributos específicos de la persona solicitante de un certificado cualificado, mediante otros métodos de identificación que aporten una seguridad equivalente en términos de fiabilidad a la presencia física». Por tanto, se abren las puertas a otras formas de identificación con la exigencia de que aporten una seguridad equivalente a la presencia física en que se basa el sistema general. A la espera, en su caso, del desarrollo ministerial de esta previsión es deseable que las condiciones y requisitos técnicos no sean excesivamente laxos pues ello supondría reducir o debilitar la seguridad del sistema. Por ello, precisamente consideramos que la previsión del siguiente apartado 3 del artículo 7 del Proyecto de Ley (que dispone que «3. La forma en que se ha procedido a identificar a la persona física solicitante podrá constar

en el certificado. En otro caso, los prestadores de servicios de confianza deberán colaborar entre sí para determinar cuándo se produjo la última personación») debería dejar de ser facultativa para ser imperativa (sustituyendo la palabra «podrá» por «deberá») pues de esta forma se podría saber cuál ha sido la forma de identificación y con ello se podría determinar la confianza que merece el certificado, especialmente para actuaciones especialmente relevantes.

3. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD COMO CLÁUSULA DE CIERRE

Tras referirnos a la comprobación de identidad como uno de los elementos clave para la seguridad de los sistemas de firma electrónica y certificados reconocidos o cualificados, nos referiremos a continuación al segundo de tales elementos clave: la responsabilidad del prestador de servicios de certificación por la correcta emisión de certificados; y también la responsabilidad por usos indebidos de las claves de privada, en principio atribuible al titular del certificado, en cuanto responsable de la correcta custodia de tales claves.

A) Responsabilidad de los prestadores de servicios de certificación por emisión de certificados falsos o incorrectos

En efecto, es posible que un prestador de servicios de certificación que emite certificados (incluso reconocidos o cualificados) emita un certificado incorrecto o inexacto, por incorrecta identificación del solicitante, pudiendo deberse tal error a la negligencia del prestador, o bien es posible también, en casos extremos, que se deba a una situación inevitable, que se ha producido pese a la extrema diligencia del prestador.

a) Pues bien, de entre la discutida y polémica alternativa entre responsabilidad objetiva y subjetiva de la entidad certificadora, la Ley 59/2003 consagra expresamente y de forma novedosa, en su momento, el sistema de responsabilidad por culpa, que se aplica a todo supuesto generador de responsabilidad derivado de los daños y perjuicios causados en el ejercicio de su actividad por incumplimiento de las normas legales.

En cualquier caso, en estos supuestos de responsabilidad subjetiva, y teniendo en cuenta las dificultades que para el usuario de un certificado (en nuestro caso, podría tratarse del Registro, tercero afectado por la suplantación de personalidad) puede suponer la prueba de la negligencia de la entidad emisora del certificado (especialmente si es un simple consumidor), se establece una inversión de la carga de la prueba. Así, el artículo 22.1

párrafo segundo, inciso final, de la Ley de firma electrónica, tras establecer el principio de responsabilidad por culpa, dispone que «...si bien corresponderá al prestador de servicios de certificación demostrar que actuó con la diligencia profesional que le es exigible».

De forma que, conforme al derecho español, ante una eventual demanda por responsabilidad por emisión de certificados inexactos, no es el demandante (el Registro, eventual tercero afectado, en nuestro caso) el que ha de probar la negligencia de la entidad certificadora sino que es la propia entidad la que, si quiere exonerarse de responsabilidad, ha de probar que actuó con diligencia¹⁰.

b) En cuanto al grado de diligencia exigible, cabe señalar debe considerarse que la debida diligencia exigible a un prestador de servicios de certificación no es simplemente la diligencia media sino de un nivel superior, dada su condición de profesional. Y así se establece expresamente en el artículo 22.1 párrafo segundo LFE. En definitiva, en estos supuestos de responsabilidad por culpa, el prestador de servicios de certificación responde a no ser que pruebe su diligencia profesional; de ahí, como ya se ha apuntado, la importancia que para la entidad puede tener el registro y la documentación de sus actividades.

c) Respecto a las personas frente a las que responde, la emisión de certificados por parte de un prestador de servicios de certificación plantea la cuestión de los sujetos frente a los que asume responsabilidad el prestador en el ejercicio de su actividad, y también, en su caso, la naturaleza contractual o extracontractual de tal responsabilidad.

La cuestión de los sujetos es abordada en el artículo 22.1, párrafo primero, LFE que dispone que «Los prestadores de servicios de certificación responderán por los daños y perjuicios que causen a cualquier persona en el ejercicio de su actividad cuando incumplan las obligaciones que les impone esta Ley». Esta previsión legal permite sin ningún género de dudas la exigencia de responsabilidad a los prestadores de servicios de certificación por los terceros usuarios, en principio sin relación alguna con la entidad emisora del certificado. El tercero usuario (en nuestro caso, el Registro) puede resultar perjudicado por falsas declaraciones contenidas en el certificado, p.ej., por resultar engañado por confiar en un certificado falso como consecuencia de actuaciones del propio titular del certificado (que, p.ej., suministra datos falsos a la entidad de certificación, o está suplantando la personalidad de un tercero); pues, en efecto, el tercero usuario puede establecer una relación de transcendencia jurídica (en nuestro caso, la derivada del acceso al Registro) con el titular del certificado como consecuencia de la confianza que para él genera un certificado emitido en virtud de la relación contractual existente entre el titular del certificado y la entidad y respecto de la que él es ajeno.

B) Responsabilidad del titular por usos indebidos por parte de terceros

Recuérdese que la existencia de un certificado reconocido o cualificado permite vincular una clave pública, e indirectamente su correspondiente clave privada, a una persona determinada, el titular del certificado. De tal forma que se articula una presunción de autoría de las actuaciones realizadas con dicho par de claves. No obstante, es posible que la clave de firma no sea utilizada por el titular del certificado sino por terceras personas, de forma autorizada o no. En tal caso, para la resolución de esta situación debe tenerse en cuenta la existencia previa de una obligación de custodia de las claves (o de los medios de acceso a las mismas) por parte del titular del certificado; y una obligación posterior de revocación del certificado en el supuesto de acceso no autorizado por parte de terceros.

En efecto, una obligación esencial para el buen funcionamiento del sistema de certificados que recae sobre el titular del certificado es la de custodia de la clave privada o de los medios de acceso a la misma (mencionada expresamente, como veremos, en el art. 23 LFE). Por ello, deben existir controles para asegurar que únicamente el sujeto autenticado como titular de la clave, y del certificado correspondiente, puede utilizar la clave privada. En otro caso, de no existir tales controles, o de ser estos ineficaces, podríamos estar ante un supuesto de falsificación de la firma electrónica, que plantea la cuestión de quién asume el riesgo de esa falsificación.

Pues bien, nuevamente la articulación de un sistema de responsabilidad en estos supuestos permite resolver la situación planteada, sin que se vea afectado el sistema. En efecto, en caso de usos por parte de terceros permitidos e incluso autorizados por el titular del certificado, será este el responsable de los mismos, con base en su obligación de custodia de la clave privada de firma, que él cede voluntariamente en el supuesto que analizamos. En caso de usos no permitidos sino debidos a robos, extravíos o, en general, accesos no autorizados de la clave de firma, debe iniciarse el procedimiento de revocación del certificado a efectos de delimitar responsabilidades. Por ello, el titular del certificado está obligado a solicitar la revocación del certificado, y responde de los usos no autorizados hasta este momento; y una vez revocado, el potencial tercero usuario del certificado (en nuestro caso, el Registro) debe comprobar su estado de vigencia de forma previa y no debe confiar en certificados revocados; si el tercero usuario acepta un certificado revocado, asume los riesgos inherentes a tal situación (en nuestro caso, el acceso no autorizado al registro por parte de un suplantador de personalidad).

IV. EQUIVALENCIA FUNCIONAL (O SUSTITUIBILIDAD) ENTRE FIRMA LEGITIMADA NOTARIALMENTE Y FIRMA ELECTRÓNICA RECONOCIDA O CUALIFICADA

1. EQUIVALENCIA FUNCIONAL

Dada la finalidad de la legitimación notarial de firmas de establecer la identidad del firmante de un documento, y dada la función identificativa del certificado, y la especial eficacia del certificado reconocido o cualificado a tales efectos, por la vinculación entre clave pública (e indirectamente clave privada) de firma y titular del certificado, puede afirmarse que existe una equivalencia funcional entre ambos elementos.

En efecto, el certificado reconocido o cualificado vincula una clave pública (e indirectamente una clave privada) a una persona determinada, el solicitante y luego titular del certificado, cuya identidad se ha comprobado, de forma general, con la personación física ante el prestador de servicios de certificación. De forma que la firma realizada con la clave privada relacionada con la clave pública certificada se atribuirá al titular del certificado a modo de presunción

En este sentido, la propia doctrina notarialista señala que «la firma electrónica, por su propia naturaleza y de acuerdo con la normativa que la regula, tanto en España (Ley de Firma Electrónica) como en Europa (Reglamento eIDAS), tiene *per se* la cualidad de ligar una firma electrónica determinada a una persona determinada, sin necesidad de que un Notario u otro funcionario acredite esa relación» (LLOPIS, 2016).

Obsérvese que se presume que la firma realizada con la mencionada clave privada ha sido realizada por el titular del certificado que incluye la correspondiente clave pública y, por tanto, se atribuye al mismo. Y se trata de una presunción *iuris tantum*. Porque es cierto, como señala esta misma doctrina, que «es inexacto que la ligue a una persona determinada, siendo más correcto decir que la liga al titular de un certificado de firma electrónica determinada» (LLOPIS, 2016). Pues, en efecto, es posible que materialmente la firma sea realizada por una tercera persona, con o sin autorización del titular. Pero esta «escindibilidad» de la firma respecto de su titular no es impedimento para la equivalencia funcional que sostenemos, por cuanto la función identificativa del certificado reconocido o cualificado permite articular una presunción de atribución de la firma al titular del certificado, presunción que se configura como «*iuris tantum*» y admite prueba en contrario.

De forma que para estos supuestos de utilización de firma no autorizada por terceros, la equivalencia funcional no padece, por cuanto, como sistema de cierre del sistema de certificados como elemento de seguridad

de la firma electrónica, hemos de recurrir, como hemos expuesto, a la responsabilidad del titular por la custodia de la clave privada de firma y el procedimiento de revocación de certificados con las consiguientes delimitaciones y exenciones de responsabilidad. De forma que, si resulta que la clave fue robada, el titular del certificado deberá proceder a su revocación, momento a partir del cual se exonerará de responsabilidades derivadas de tales usos no autorizados; asimismo, el tercero potencial usuario (en nuestro caso, el Registro) no debe confiar en ningún caso en la firma basada en un certificado reconocido revocado, por lo que debe comprobar su estado de vigencia antes de su aceptación.

En suma, como señala la propia doctrina notarialista: «...la propia normativa de firma electrónica está basada en la relación inequívoca entre firma y titular del certificado, pues permite expresamente la identificación del firmante, lo cual no deja de ser una especie de legitimación de firma *ex lege*, ya que es la propia normativa la que fija la relación y no el notario (LLOPIS, 2016).

2. EQUIVALENCIA FORMAL

Pese a la equivalencia material que acabamos de exponer, obviamente, no es un fedatario público el que realiza la emisión de certificados sino un proveedor de servicios de certificación cuya naturaleza puede ser pública o privada, pero que, en cualquier caso, no tiene atribuida la función de dación de fe, ni siquiera en la forma primitiva y embrionaria que se da en la legitimación notarial de firmas.

No obstante, aun cuando es cierto que los prestadores de servicios de certificación no son notarios ni fedatarios, no puede negarse que obtienen su legitimación para emitir documentos denominados certificados de firma electrónica de la normativa. Pues, en efecto, están sometidos a un régimen jurídico especial, particularmente riguroso en el supuesto de emisión de certificados reconocidos o cualificados: requisitos de constitución y funcionamiento *ex ante* y régimen de rigurosa responsabilidad contractual y extracontractual *ex post*, con inversión de la carga de la prueba, con aseguramiento obligado de sus responsabilidades por cantidades elevadas; y todo ello acompañado de un régimen de rigurosa responsabilidad administrativa con sanciones importantes.

Es cierto también que los certificados reconocidos o cualificados no son documentos notariales, y no gozan del valor especial que tienen estos documentos en el tráfico jurídico por las garantías de veracidad y legalidad que otorgan a los hechos, actos jurídicos o contratos sometidos a su amparo, así como por la eficacia especial que les confiere su emisor, el notario, en el

ejercicio de la denominada 'fe pública'. No obstante, ha de tenerse en cuenta que en el supuesto de legitimación notarial de firmas, nos hallamos ante lo que se ha denominado una intervención notarial mínima, embrionaria, con efectos muy limitados, pues no afecta a la naturaleza del documento, que sigue siendo privado, pudiéndose predicar el carácter de público únicamente de la diligencia de legitimación, que, no olvidemos, no es siempre un dación de fe de la autenticidad de la firma (solo en el supuesto de legitimación presencial) sino que puede ser un simple juicio de valor (caso de la legitimación por comparación), con un valor notablemente inferior, y un mayor riesgo jurídico y económico.

Como señala la doctrina notarialista, «En los documentos notariales más perfectos y completos que exigen una intervención notarial más amplia y compleja, es cuando la fe pública se despliega con mayor fuerza sobre su contenido y le dota, por ende, de mayor valor... Sin embargo, hay otros supuestos en que la intervención notarial es menos intensa, en ocasiones mínima. Entonces, como es lógico, añade menor valor, lo cual se traduce en una más discreta eficacia jurídica del documento, tanto en el ámbito judicial, como en el extrajudicial, particularmente en el ámbito registral». Es este último el supuesto de los testimonios y demás actuaciones notariales no protocolares, entre los que cabe incluir la legitimación notarial de firmas.

Por ello, pese a las diferencias formales, consideramos que, en este caso, la función y efectos materiales del certificado reconocido o cualificado pueden ser no solo similares sino superiores en la medida que, como regla general, la identificación del titular del certificado al que se atribuye la firma se basará en la personación física del solicitante ante el prestador de servicios de certificación, por lo que el certificado reconocido o cualificado ofrece una garantía intrínseca respecto de la identidad del titular del certificado. El certificado reconocido o cualificado, en principio, no otorga presunciones legales de exactitud y validez, pero otorga seguridad material no solo sobre la identificación sino también sobre el contenido del documento firmado; con lo que la firma electrónica reconocida o cualificada puede aumentar la seguridad jurídica a través del incremento de la seguridad material.

De ahí la regla especial de valoración que establece la Ley 59/2003 de firma electrónica, en su artículo 3, apartado 8, una regla especial para los supuestos de impugnación de la autenticidad de firma electrónica reconocida basada en certificado reconocido y realizada con dispositivo seguro de creación de firma¹¹, y distinta a la de los supuestos de impugnación de la firma electrónica avanzada, para los que sí remite la Ley 59/2003, en el mismo artículo 3, apartado 8, a los supuestos de valoración de documentos privados de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 326, apartado 2, «Fuerza probatoria de los documentos privados»)¹². De forma que, sin ser documentos públicos, no se rigen por las normas generales de valoración de los

documentos privados. Por lo que podríamos considerarlos documentos privados con una eficacia probatoria especial desde el punto de vista procesal.

En esta misma línea, incluso de forma más clara y reforzada, el Proyecto de Ley Reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza establece, como señala en su exposición de motivos, una «ventaja probatoria» para las firmas electrónicas cualificadas basadas en servicios de confianza cualificados. Así, en el apartado III de la exposición de motivos se señala que «El Reglamento (UE) 910/2014 garantiza la equivalencia jurídica entre la firma electrónica cualificada y la firma manuscrita, pero permite a los Estados miembros determinar los efectos de las otras firmas electrónicas y de los servicios electrónicos de confianza en general». Y, a partir de esta previsión del Reglamento comunitario, se indica en la exposición de motivos que en el Proyecto de Ley: «... se modifica la regulación anterior al atribuir a los documentos electrónicos para cuya producción o comunicación se haya utilizado un servicio de confianza cualificado una ventaja probatoria. A este respecto, se simplifica la prueba, pues basta la mera constatación de la inclusión del citado servicio en la lista de confianza de prestadores cualificados de servicios electrónicos regulada en el artículo 22 del Reglamento (UE) 910/2014». Por lo que, en la legislación proyectada, se consolida la consideración de los documentos con firma electrónica cualificada como documentos privados con una eficacia probatoria especial desde el punto de vista procesal¹³.

Por todo ello, vista la equivalencia funcional entre legitimación de firma y certificados reconocidos o cualificados de firma electrónica a efectos de identificación del firmante, es deseable la modificación de la legislación registral en el sentido de permitir la presentación telemática de documentos privados en el Registro con firma electrónica reconocida o cualificada, que cumple los requisitos de mayor seguridad establecidos en la normativa en la materia, siguiendo, como veremos, precedentes como el existente para el depósito telemático de cuentas anuales de sociedades, actuaciones procesales previstas en la LEC, etc.¹⁴.

En cualquier caso, al margen de tal modificación normativa, consideramos posible y fundamentada una interpretación extensiva de la normativa registral actual *ex* artículo 3 del Código civil, precepto conforme al cual la normativa debe ser interpretada de acuerdo con la realidad social del tiempo en que la norma debe ser aplicada, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquella. Y la realidad técnica y jurídica actual nos proporciona instrumentos de identificación electrónica, como los certificados reconocidos o cualificados, que pueden sustituir o ser una alternativa a la legitimación notarial de firmas tradicional, únicamente con la posible excepción de la legitimación realizada obligatoriamente por el procedimiento de firma presencial ante notario, supuesto en el que procedería o bien

la firma en soporte papel con legitimación presencial o bien la legalización de la firma electrónica reconocida *ex* artículo 261 del Reglamento Notarial. Desde un punto de vista práctico, la aplicación exitosa de esta interpretación conforme al artículo 3 del Código civil podría conseguirse no solo a partir de doctrina asentada de la Dirección General (a partir de calificaciones negativas que son objeto de recurso) sino también, y más bien, en la medida que los registradores comiencen a realizar la aplicación de esta interpretación a través de calificaciones positivas en tales supuestos de presentación de documentos privados con firma electrónica reconocida (siendo así la calificación positiva el instrumento para la admisión de esta interpretación normativa).

Esta conclusión basada en la equivalencia funcional entre firma legitimada notarialmente y firma reconocida o cualificada consideramos que no contraviene la disposición adicional primera de la Ley 59/2003 de firma electrónica, que, en su primer apartado dispone que: «Lo dispuesto en esta ley no sustituye ni modifica las normas que regulan las funciones que corresponden a los funcionarios que tengan legalmente la facultad de dar fe en documentos en lo que se refiere al ámbito de sus competencias siempre que actúen con los requisitos exigidos en la ley». Y no existe tal contravención, en primer lugar, por cuanto, interpretando literalmente esta disposición adicional, la legitimación notarial de firmas no implica estrictamente, como se ha expuesto, dación de fe en documentos; y, en cualquier caso, en segundo lugar, si se acoge la solución de la firma electrónica reconocida o cualificada como alternativa a la firma legitimada notarialmente (siguiendo el modelo de solución de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que veremos en apartados posteriores), en tal caso ni se sustituye ni modifican las normas que regulan la función notarial¹⁵.

Del mismo modo, no existiría tampoco contravención de la previsión del artículo 1, apartado 2 de la Ley 59/2003 de firma electrónica, que establece que «Las disposiciones contenidas en esta ley no alteran las normas relativas a la celebración, formalización, validez y eficacia de los contratos y cualesquiera otros actos jurídicos ni las relativas a los documentos en que unos y otros consten»; ni de la similar prevista en el Reglamento Europeo de 23 de julio de 2014 sobre identificación electrónica, cuyo artículo 2, apartado 3, dispone que: «El presente Reglamento no afecta al Derecho nacional o de la Unión relacionado con la celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales o de procedimiento relativos a la forma». Y no existiría tampoco tal contravención en caso de optarse igualmente por la solución de la firma electrónica reconocida o cualificada como alternativa equivalente a la legitimación notarial, que podría seguir existiendo sin modificación alguna. Todo ello sin perjuicio de que en una próxima reforma de la regulación legal o reglamentaria sea el propio legislador el que decida

optar por la solución más extrema de suprimir la necesidad de legitimación notarial, como ha ocurrido en el caso del depósito de cuentas.

Por los motivos expuestos, entendemos también que debe entenderse superados pronunciamientos recaídos en resoluciones sobre la materia como la Sentencia de 20 de mayo de 2008 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. En efecto, en esta resolución, ante la impugnación del artículo 261 del Reglamento Notarial que regula la legitimación electrónica de firmas reconocidas, se desestima la impugnación, considerando que la alegación realizada por la parte recurrente (el Colegio de Registradores de España) de que la legitimación notarial de la firma electrónica equivale a exigir la nueva actuación de una entidad, cuando ya ha actuado otra expidiendo el certificado identificativo del firmante, no está justificada. Señala el Tribunal que no se trata de que se exija una doble legitimación, admite que en ambos casos se trata de garantizar la seguridad del tráfico con notables puntos de coincidencia: señala, y ello resulta de gran interés a nuestros efectos, que «la función del prestador del servicio en garantía de la identidad del signatario se proyecta a través de los correspondientes certificados, que permiten la conformación y firma electrónica de los documentos en condiciones de control y seguridad que la Ley reguladora establece», mientras que la función de legitimación notarial supone la garantía de seguridad bajo la fe pública y «se proyecta sobre el funcionamiento y materialización de tales instrumentos de actuación y firma electrónica, como se desprende del propio precepto impugnado, que se refiere a la identificación por el notario del signatario y vigencia del correspondiente certificado y su presencia en la firma por el signatario del archivo informático que contenga el documento».

Por tanto, obsérvese que se reconoce expresamente la función identificativa del certificado emitido por el prestador de servicios de certificación, con grandes puntos de coincidencia con la legitimación notarial de firma, llegando a referirse incluso al certificado como instrumento de legitimación (más correctamente, como venimos sosteniendo, de identificación). Y obsérvese también que, finalmente, concluye su argumentación el Tribunal Supremo señalando que «En todo caso, la concurrencia de ambas funciones de legitimación no se configura por la Ley como excluyente o sustitutiva, por el contrario y como hemos señalado antes, se dejan a salvo expresamente las funciones de dación de fe establecidas en la normativa específica, por lo que no se produce la infracción de la Ley 59/2003 que denuncia la recurrente». Por lo que, ateniéndonos a este carácter no excluyente o sustitutivo entre ambos instrumentos identificativos proclamado por el Tribunal Supremo, entendemos que, dada la sustancial equivalencia funcional o material, es admisible actualmente la solución de la firma electrónica reconocida o cualificada como alternativa equivalente a la legitimación notarial de firma electrónica, que podría seguir existiendo sin modificación alguna,

aun cuando, como hemos venido apuntando, lo aconsejable, por razones de proporcionalidad, es la utilización de esta última solo en supuestos de especial transcendencia jurídica o económica. Por lo demás, consideramos que, teniendo en cuenta el contexto y las circunstancias actuales, y en base a una interpretación extensiva del artículo 3 del Código civil, debe entenderse superada esta jurisprudencia anterior, dictada en contexto muy distinto al de los actuales avances tecnológicos y, sobre todo, legales, que, como veremos, equiparan la firma electrónica reconocida o cualificada a la firma legitimada notarialmente, o incluso suprimen la exigencia de esta última, por razones de eficiencia, celeridad y ahorro de costes, sin merma de la necesaria seguridad jurídica.

Finalmente, consideramos que no es tampoco obstáculo para esta equivalencia funcional la existencia de una regulación específica de la legitimación de firmas electrónicas reconocidas, en concreto, en el artículo 261 del Reglamento Notarial, por cuanto, como hemos visto, su ámbito de aplicación es muy limitado, ya que requiere la firma presencial del documento electrónico ante el notario, lo que es contrario a las exigencias de celeridad y dinamismo características de las comunicaciones electrónicas; además del argumento mencionado de que, por razón de jerarquía formal, una norma reglamentaria no puede afectar al sistema de firma electrónica derivado de fuentes con rango de ley y directivas comunitarias.

V. OTROS ARGUMENTOS PARA EL USO ALTERNATIVO O LA SUSTITUIBILIDAD DE LA FIRMA LEGITIMADA NOTARIALMENTE POR LA FIRMA ELECTRÓNICA RECONOCIDA O CUALIFICADA

Exponemos a continuación otros argumentos que, junto con la equivalencia funcional intrínseca a la firma electrónica reconocida o cualificada, permiten sostener esta sustituibilidad de la legitimación tradicional de firmas por la firma electrónica reconocida o cualificada que cumple todos los requisitos legales que no solo le permiten equipararla a la firma manuscrita sino que, por la especial función identificada del certificado reconocido o cualificado, permiten también atribuir la firma a una persona determinada, el titular del certificado, y determinar así su identidad.

Como se observará, en buena medida, estos argumentos adicionales son principios informantes del funcionamiento de las administraciones, especialmente para la implantación de la administración electrónica. Principios tales como el principio de accesibilidad, que garantiza a los ciudadanos el acceso a los servicios por medios telemáticos, el principio de interoperabilidad, basado en la cooperación entre Administraciones públicas, que les

permite prestar servicios de forma conjunta a los ciudadanos y reconocer mutuamente los documentos electrónicos y los sistemas de identificación y autenticación, o el principio de proporcionalidad en virtud del cual se han de requerir solo las garantías y las medidas de seguridad adecuadas al trámite. Todo ello sin perjuicio del principio de seguridad, en virtud de cual se ha de requerir que los servicios electrónicos tengan como mínimo el mismo nivel que los que no se prestan por estos medios, seguridad, que, como hemos expuesto, quedaría cumplida en virtud de la equivalencia funcional entre la firma electrónica con certificado reconocido o cualificado que cumpla las exigencias legales (entre ellas, la comprobación presencial de identidad) y la firma legitimada notarialmente.

1. EL AVANCE DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA. CONSAGRACIÓN LEGAL DEL DERECHO DE ACCESO

En los últimos años hemos asistido a un desarrollo vertiginoso de la denominada administración electrónica, en su doble vertiente de aplicación de las nuevas tecnologías en su funcionamiento interno y también a sus relaciones con terceros. Y, precisamente, en este último ámbito, el desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación ha afectado profundamente a las relaciones de la Administración con los ciudadanos y las empresas, como pone de manifiesto la evolución de las normativas en la materia.

En este sentido, ya la Ley 59/2003 de firma electrónica establecía, en su artículo 4.1 (Empleo de la firma electrónica en el ámbito de las Administraciones públicas) que «Esta ley se aplicará al uso de la firma electrónica en el seno de las Administraciones públicas, sus organismos públicos y las entidades dependientes o vinculadas a las mismas y en las relaciones que mantengan aquellas y estos entre sí o con los particulares».

En el ámbito del Derecho administrativo, ha de mencionarse como antecedente la ya derogada Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, que, como es sabido, reconoce por vez primera, en su artículo 6, el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones públicas por medios electrónicos. En distintos puntos de esta regulación de la Ley 11/2007 encontramos referencias a la firma electrónica; en concreto, al regular las formas de identificación y autenticación, tanto de los ciudadanos como de los órganos administrativos en el ejercicio de sus competencias, contempla distintos instrumentos de acreditación, entre ellos, el Documento Nacional de Identidad electrónico que está habilitado con carácter general para todas las relaciones con las Administraciones públicas (arts. 13 y 14), y por ello se impulsa como fórmula para extender el uso general de la firma electrónica; además la Ley

11/2007 establece también la obligación para cualquier Administración de admitir los certificados electrónicos reconocidos en el ámbito de la Ley de Firma Electrónica (art. 13.1).

En la actualidad, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas consagra también el derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con las Administraciones públicas, en concreto, conforme al artículo 14.1, «Las personas físicas podrán elegir en todo momento si se comunican con las Administraciones públicas para el ejercicio de sus derechos y obligaciones a través de medios electrónicos o no, salvo que estén obligadas a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones públicas».

Y, respecto de la identificación y firma de los interesados en el procedimiento administrativo, como señala su exposición de motivos, una de las novedades más importantes de la Ley 39/2015 es la separación entre identificación y firma electrónica y la simplificación de los medios para acreditar una u otra, de modo que, con carácter general, solo será necesaria la primera, y se exigirá la segunda cuando deba acreditarse la voluntad y consentimiento del interesado. Se establece, con carácter básico, un conjunto mínimo de categorías de medios de identificación y firma a utilizar por todas las Administraciones. En particular, se admitirán como sistemas de firma: los sistemas de firma electrónica reconocida o cualificada y avanzada basados en certificados electrónicos cualificados de firma electrónica, que comprenden tanto los certificados electrónicos de persona jurídica como los de entidad sin personalidad jurídica; los sistemas de sello electrónico reconocido o cualificado y de sello electrónico avanzado basados en certificados cualificados de sello electrónico; así como cualquier otro sistema que las Administraciones públicas consideren válido, en los términos y condiciones que se establezcan. Se admitirán como sistemas de identificación cualquiera de los sistemas de firma admitidos, así como sistemas de clave concertada y cualquier otro que establezcan las Administraciones públicas.

A estos efectos, en el ámbito de la Unión Europea, y en particular para el Derecho de sociedades, la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades, y, concretamente, las recientes modificaciones de la misma introducidas por la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades. En concreto, en virtud de esta última Directiva se introduce en la Directiva 2017/1132 un nuevo artículo 13 undecies, dedicado a la «Presentación en línea de documentos y de información societarios» en virtud del cual se establece, en su apartado 1, que «Los Estados miembros velarán por que los documentos e información a que se refiere el artícu-

lo 14, incluida cualquier modificación posterior, puedan presentarse en línea ante el registro en el plazo previsto por el Derecho del Estado miembro en el que esté registrada la sociedad. Los Estados miembros velarán por que dicha presentación pueda completarse íntegramente en línea, sin necesidad de que los solicitantes comparezcan en persona ante cualquier autoridad o persona u organismo habilitado en virtud del Derecho nacional para tratar la presentación en línea, a reserva de lo dispuesto en el artículo 13 ter, apartado 4, y, en su caso, el artículo 13 octies, apartado 8». Y, respecto de los medios de identificación a efectos de estos procedimientos en línea, el artículo 13 ter de la Directiva (UE) 2017/1132 [introducido por la Directiva (UE) 2019/1151] remite, básicamente, al ya mencionado y analizado Reglamento (UE) núm. 910/2014 y a los medios de identificación ya analizados que sean conformes al artículo 6 de dicho Reglamento; recuérdese, a nuestros efectos, que, conforme al artículo 25 del Reglamento, «Una firma electrónica cualificada tendrá un efecto jurídico equivalente al de una firma manuscrita» (apartado 2) y que «Una firma electrónica cualificada basada en un certificado cualificado emitido en un Estado miembro será reconocida como una firma electrónica cualificada en todos los demás Estados miembros»¹⁶.

Previsiones como las expuestas no pueden obviarse en las relaciones de los Registros de la Propiedad y Mercantiles con los ciudadanos. El derecho de acceso electrónico a las Administraciones, consagrado en la normativa administrativa, y el ejercicio del mismo a través de certificados reconocidos de firma electrónica, admitidos también en la regulación administrativa, puede ser también argumento para sostener la admisibilidad del acceso electrónico a los registros a través de sistemas de firma electrónica reconocida o cualificada, sin necesidad de legitimación notarial de la misma. En otro caso, si no existe causa justificativa, se estaría dando un peor trato a los ciudadanos que quisieran acceder electrónicamente a los Registros de la Propiedad y Mercantiles en comparación con aquellos que acceden de forma electrónica a la Administración en general.

No es obstáculo ni impedimento para ello la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2009 dictada en relación a la Ley 11/2007 (hoy derogada y sustituida por la Ley 39/2015). En efecto, como se señala en dicha sentencia, la Ley 11/2017 no deroga la Ley 24/2001, por cuanto esta norma especial se aplica a las relaciones telemáticas entre notarios y registradores; ello, como señala la propia resolución judicial, «sin perjuicio de las manifestaciones que la aplicación de esta Ley (la 11/2017) pueda añadir en las relaciones de los ciudadanos con el sistema notarial y registral». Por tanto, en el ámbito externo de las relaciones de los registros con los ciudadanos, sí resulta de aplicación la normativa administrativa reguladora del acceso electrónico de los ciudadanos a las Administraciones, esto es, en su momento, la Ley 11/2007, y actualmente, la Ley 39/2015 que deroga

y sustituye a aquellas. Pues bien, tales normas reconocen como válido el sistema de firma electrónica basado en certificado reconocido a efectos de identificación y firma electrónica, por lo que, en consecuencia, tales sistemas deben ser igualmente admisibles en el acceso electrónico a los Registros de la Propiedad y Mercantiles sin necesidad de legitimación notarial de la firma electrónica, porque la función identificativa de la legitimación notarial es cumplida de forma equivalente por los certificados reconocidos (basados, como regla general, en la personación física del solicitante).

2. ACCESO ELECTRÓNICO A LAS ADMINISTRACIONES: EFICACIA Y EFICIENCIA, AGILIDAD Y REDUCCIÓN DE COSTES DE TIEMPO Y ECONÓMICOS

El derecho/obligación de acceso electrónico de ciudadanos y empresas a las Administraciones públicas tiene su fundamento en las ideas de eficacia y eficiencia, que persiguen obtener los resultados pretendidos sin exigencias innecesarias. Una de sus manifestaciones es la simplificación administrativa, que persigue agilidad, transparencia y reducción de costes temporales y económicos y que implica la utilización de las nuevas tecnologías en las relaciones con las Administraciones.

Por ello, como se señala en su exposición de motivos, en la Ley 39/2015 se establece una regulación completa y sistemática de las relaciones *ad extra* entre las Administraciones públicas y los administrados teniendo como principal objetivo la simplificación y agilización de los procedimientos administrativos. Entre las medidas dirigidas a la reducción de cargas administrativas, la Ley establece la posibilidad de realizar apoderamientos *apud acta*, de manera presencial o electrónica, sin coste alguno para el ciudadano. De este modo, el interesado podrá apoderar a otra persona, para que realice trámites en su nombre ante una o varias Administraciones públicas, con menores costes económicos y de tiempo. Y para ello es suficiente que utilice sistemas de firma electrónica reconocida basada en certificado reconocido.

En los últimos años hallamos varios antecedentes legislativos relevantes en esta materia, en los que no solo se declara admisible de forma general la firma electrónica reconocida o cualificada conforme a la Ley 59/2003 como forma de acceso y presentación de documentos ante la Administración sino que incluso se suprime la exigencia de legitimación notarial, o se equipara a la misma la firma electrónica reconocida o cualificada que cumpla los requisitos legales, en aras a la idea de eficiencia, agilidad y ahorro de costes que permite, con la firma electrónica, obtener, como mínimo, resultados materialmente iguales. En este sentido, el legislador ha hecho evolucionar las exigencias legales en materia de identificación y firma, adaptándolas al contexto histórico y la realidad social del momento, y, en concreto, a la

evolución de la tecnología y las posibilidades que esta ofrece en cada momento (caso de las normas de derecho administrativo ya mencionadas o las normas procesales, que analizaremos a continuación). Incluso en el ámbito registral hallamos supuestos de admisión de documentos privados con o sin firmas legitimadas notarialmente; es el caso del depósito de cuentas anuales.

Por ello, puede hablarse en los últimos tiempos de una tendencia a la equiparación legal entre presentación de documentos firmados con firma legitimada notarialmente y presentación telemática de documentos con firma electrónica que cumpla los requisitos legales de equiparación. Veamos, a continuación, algunos ejemplos.

A) El caso del depósito telemático de cuentas anuales de sociedades: la supresión de la legitimación notarial de firmas y la utilización del certificado de firma de los administradores.

Como es sabido, la Instrucción de la Dirección General de Registros y del Notariado de 13 de junio de 2003, complementaria de la Instrucción de 30 de diciembre de 1999, sobre presentación de las cuentas anuales en los Registros Mercantiles mediante procedimientos telemáticos, señala que para la presentación telemática de las cuentas anuales ante los Registros Mercantiles, es necesaria la legitimación notarial de las firmas de la certificación del acuerdo de aprobación de cuentas. El fundamento de tal criterio es el artículo 366 del Reglamento del Registro Mercantil que establece en el apartado 1.2 primer inciso, la necesidad de que estén legitimadas notarialmente las firmas que aparezcan en la certificación del acuerdo de aprobación de las cuentas y de la aplicación del resultado. Según la Dirección General de Registros y del Notariado, esta exigencia de legitimación notarial de firmas era aplicable a cualquier clase de firma, manuscrita o electrónica.

De forma que, con este criterio de la DGRN, en los supuestos de presentación telemática de las cuentas anuales, el certificado del acuerdo social, relativo a la aprobación de las cuentas y la aplicación del resultado, debía ser firmado por las personas competentes con su firma electrónica avanzada, y esta firma electrónica avanzada debía ser legitimada por el notario, a través de su firma electrónica avanzada notarial. Obsérvese que este criterio de la DGRN es anterior a la aprobación de la Ley 59/2003 de firma electrónica, e incluso a la introducción de la legitimación de firmas electrónicas en el Reglamento Notarial (2007).

La situación cambia a partir de la Orden 206/2008, de 28 de enero, del Ministerio de Justicia, que, para los supuestos de depósito telemático, admitió que el soporte electrónico de la certificación acreditativa de su aprobación fuera presentado con firma electrónica reconocida, sin necesidad

de legitimación notarial. Posteriormente, en virtud de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital, y con la finalidad de reducción del coste de organización y funcionamiento de las sociedades de capital, se reforma el artículo 279 LSC, relativo al depósito de cuentas, con el fin de facilitar el depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil, eliminando de facto el requisito reglamentario de legitimación para la certificación del acuerdo de aprobación de las cuentas del artículo 366.1.2 RRM, de forma compleja, dada la desafortunada tramitación parlamentaria de la reforma de este precepto, con la admisión de una enmienda que introduce confusión dada la redacción final. En cualquier caso, esa es la finalidad manifestada de forma clara en la exposición de motivos de la Ley: «en materia de cuentas anuales, dos medidas vienen a reducir el coste de su depósito, facilitando el grado de cumplimiento de esta obligación. Por un lado, la eliminación del requisito reglamentario de que la firma de los administradores tenga que ser objeto de legalización...».

Por tanto, suprimida la exigencia de legalización o legitimación notarial de la firma de certificados de acuerdos de aprobación de cuentas anuales, cabe preguntarse sobre la supresión de tal exigencia en otros supuestos existentes en la legislación registral mercantil. En suma, una extensión de esta tendencia legal de facilitación del acceso electrónico a través de la supresión o, cuanto menos, sustituibilidad, de la legitimación notarial de firma a otros supuestos en que se mantiene la exigencia legal o reglamentaria de legitimación notarial.

B) Referencia a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

También en la legislación procesal hallamos manifestaciones de la mencionada tendencia legal a la facilitación del acceso electrónico a la administración, y, de forma concreta, a la supresión o sustituibilidad de la legitimación de firma por mecanismos equivalentes, como la firma electrónica reconocida (actualmente cualificada) basada en certificado reconocido (actualmente cualificado).

Así, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, se establece, en su artículo 273.1, relativo a la «Forma de presentación de los escritos y documentos», que «Todos los profesionales de la justicia están obligados al empleo de los sistemas telemáticos o electrónicos existentes en la Administración de Justicia para la presentación de escritos, iniciadores o no, y demás documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la presentación y quede constancia fehaciente de la remisión y la recepción íntegras, así como de la fecha en que estas se hicieren». Y, de forma más concreta, se dispone que la presentación por vía telemática o electrónica de escritos y documentos «se

realizará empleando firma electrónica reconocida y se adaptará a lo establecido en la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia»¹⁷.

Y no solo se admite de forma general la presentación electrónica de documentos empleando la firma electrónica reconocida, sino que incluso, de forma particular, para determinados supuestos, se equipara la instancia firmada con firma legitimada y la presentada telemáticamente con firma electrónica. En concreto, en la regulación de las particularidades sobre la ejecución de bienes hipotecados o pignorados, el artículo 683 de la Ley de Enjuiciamiento Civil («Cambio de domicilio señalado para requerimientos y notificaciones»), en su apartado 2, dispone que: «2. Los cambios de domicilio a que hace referencia el apartado anterior se harán constar en el Registro por nota al margen de la inscripción de hipoteca, bien mediante instancia con firma legitimada o ratificada ante el Registrador, bien mediante instancia presentada telemáticamente en el Registro, garantizada con certificado reconocido de firma electrónica, o bien mediante acta notarial»¹⁸.

Finalmente, y también en el ámbito procesal, ha de señalarse que, en relación al apoderamiento del procurador, el artículo 24.1 LEC dispone que: «El poder en que la parte otorgue su representación al procurador habrá de estar autorizado por notario o ser conferido *apud acta* por comparecencia personal ante el secretario judicial de cualquier oficina judicial o por comparecencia electrónica en la correspondiente sede judicial». De forma que puede tratarse de un poder notarial de representación o bien puede tratarse de un otorgamiento *apud acta*, por comparecencia personal ante secretario judicial o bien por comparecencia electrónica, para la que se exige como forma de identificación de mayor nivel de seguridad el DNI electrónico, basado en la utilización de firma electrónica y certificados reconocidos, junto con otros sistemas con certificados personales y claves¹⁹.

Estas medidas tienen su origen en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas, que, como hemos visto, establece una regulación completa y sistemática de las relaciones *ad extra* entre las Administraciones públicas y los administrados teniendo como principal objetivo la simplificación y agilización de los procedimientos administrativos. Entre las medidas dirigidas a la reducción de cargas administrativas, la Ley establece, como hemos apuntado, la posibilidad de realizar apoderamientos electrónicos *apud acta*, de manera presencial o electrónica, sin coste alguno para el ciudadano.

En este ámbito general de la Administración, igualmente, de forma general, la Orden HFP/633/2017, de 28 de junio, por la que se aprueban los modelos de poderes inscribibles en el Registro Electrónico de Apoderamientos de la Administración General del Estado y en el registro electrónico de apoderamientos de las Entidades locales y se establecen, en el

apartado 3 de su artículo único, los sistemas de firma válidos para realizar los apoderamientos *apud acta* a través de medios electrónicos, dispone que para otorgar válidamente el poder mediante comparecencia electrónica será necesario que el poderdante lo firme mediante cualquiera de los sistemas de firma previstos en el artículo 10.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre²⁰: «En particular: a) Cuando el poderdante sea una persona física, la firma se realizará a través de DNI electrónico, certificado electrónico reconocido o cualificado u otros medios incorporados en Cl@ve, sistemas todos ellos integrados en la plataforma Cl@ve, creada por el Acuerdo de Consejo de Ministros, de 19 de septiembre de 2014. b) Cuando el poderdante sea una persona jurídica, la firma se basará en la información obrante en los certificados cualificados de representación». Por tanto, para el otorgamiento de estos poderes, de transcendencia jurídica, junto con el tradicional poder notarial, se admite el apoderamiento *apud acta* por comparecencia electrónica con firma basada en DNI electrónico, certificado reconocido o cualificado o simplemente a través del sistema Cl@ve.

En suma, a la vista de lo expuesto, puede hablarse de que en los últimos años hallamos varios antecedentes legislativos relevantes en esta materia, en los que no solo se declara admisible de forma general la firma electrónica reconocida o cualificada conforme a la Ley 59/2003 como forma de acceso y presentación de documentos ante la Administración sino que incluso se suprime la exigencia de legitimación notarial, o se equipara a la misma la firma electrónica reconocida o cualificada que cumpla los requisitos legales, en aras a la idea de eficiencia, agilidad y ahorro de costes que permite, con la firma electrónica, obtener, como mínimo, resultados materialmente iguales. En este sentido, puede hablarse en los últimos tiempos de una tendencia legal a la facilitación del acceso electrónico a la administración, y, de forma concreta, a la supresión o sustituibilidad de la legitimación notarial de firma por mecanismos equivalentes, como la firma electrónica reconocida (o cualificada) basada en certificado reconocido (o cualificado).

3. LA LEGITIMACIÓN NOTARIAL DE FIRMA ELECTRÓNICA EX ARTÍCULO 261 DEL REGLAMENTO NOTARIAL Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad debe ser uno de los principios informantes de la implantación de la administración electrónica. Conforme al mismo, solo se exigirán las garantías y las medidas de seguridad adecuadas a la naturaleza y circunstancias de los distintos trámites y actuaciones; no se exigirá, por tanto, más allá de lo necesario. Y es otra de las manifestaciones de los principios de eficiencia y eficacia, que pretenden conseguir los resultados obtenidos sin exigencias innecesarias.

Este principio debe presidir la implantación de las nuevas tecnologías en la administración, *ad intra* y también *ad extra*, en sus relaciones con terceros. En materia de identificación y firma electrónica, hallamos este principio en el artículo 11 de la Ley 39/2015 («Uso de medios de identificación y firma en el procedimiento administrativo»), que, en su apartado 1, dispone que: «Con carácter general, para realizar cualquier actuación prevista en el procedimiento administrativo, será suficiente con que los interesados acrediten previamente su identidad a través de cualquiera de los medios de identificación previstos en esta Ley»; y, en su apartado 2, limita la exigencia obligatoria de firma. Por tanto, se distingue legalmente entre identificación y firma, y se exige esta última solo para actos de mayor trascendencia jurídica. También el Reglamento (UE) núm. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, en su artículo 8, contempla la existencia de distintos niveles de seguridad de los sistemas de identificación electrónica.

Pues bien, como se ha expuesto, la legitimación notarial de firmas electrónicas reconocidas (las contempladas entonces en la legislación española, equivalentes a las actuales firmas cualificadas reconocidas en la normativa comunitaria) conforme al artículo 261 del Reglamento Notarial está basada en la firma presencial ante el Notario. Pese a la similitud de las denominaciones, no se trata de un mecanismo identificativo similar al de la legitimación notarial de firma tradicional (que recuérdese no exige siempre la presencialidad sino que puede realizarse de forma comparativa). Por ello, por esta exigencia ineludible de presencialidad ante el notario en el momento de realizar la firma electrónica, consideramos que, aplicada de forma generalizada, es una exigencia desproporcionada e inadecuada, contraria a la racionalidad y eficiencia, y prácticamente incompatible con el desarrollo de las comunicaciones electrónicas. Por ello, debe entenderse reservada para actuaciones de especial relevancia, de forma voluntaria en el ámbito privado, sin perjuicio de reserva legal para determinadas actuaciones ante la administración, también por su especial trascendencia.

Todo ello como consecuencia del principio de proporcionalidad, y más aun teniendo en cuenta que existen instrumentos alternativos más adecuados y con menores inconvenientes para atribuir una firma a una determinada persona: la firma electrónica reconocida o cualificada basada en certificados reconocidos o cualificados que cumpla los requisitos legales de equiparación. Pues obsérvese que la legitimación notarial de firmas electrónicas, tal como está regulada en el artículo 261 del Reglamento, no es que sea un instrumento desproporcionado y gravoso para conseguir el objetivo de dar de seguridad a las comunicaciones sino que, de hecho, restringe si no impide el normal desarrollo de tales comunicaciones, debido a la exigencia de presencialidad mencionada.

En esta línea del argumento de la proporcionalidad, y aun cuando sea de forma analógica, ha de tenerse en cuenta, como ya hemos expuesto, la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades. En efecto, tal como se explica en el Considerando (20) de la Directiva, a fin de combatir el fraude y ofrecer garantías sobre la fiabilidad y la credibilidad de los documentos, las disposiciones relativas a los procedimientos en línea establecidos en la Directiva deben incluir también controles de la identidad y la capacidad jurídica de las personas que deseen constituir una sociedad o registrar una sucursal, o presentar documentos e información. El desarrollo y la adopción de los medios y los métodos para llevar a cabo esos controles debe dejarse a los Estados miembros, que «deben estar facultados para requerir la participación de notarios o abogados en cualquier fase de los procedimientos en línea». Sin embargo, continúa el Considerando (20) «dicha participación no debe impedir que se complete el procedimiento íntegramente en línea», cosa que sí ocurriría con la aplicación generalizada de la exigencia de legitimación notarial de firma electrónica o cualificada actualmente prevista en el artículo 261 del Reglamento Notarial.

A continuación, el Considerando (21) dispone que cuando se justifique por razón de interés público en impedir el uso indebido o la alteración de identidad, o en garantizar el cumplimiento de las normas sobre capacidad jurídica y sobre el poder de los solicitantes para representar a una sociedad, los Estados miembros deben poder adoptar medidas, de conformidad con el Derecho nacional, que podrían exigir la presencia física del solicitante o de cualquier autoridad o persona u organismo habilitado en virtud del Derecho nacional para tratar cualquier aspecto de los procedimientos en línea, del Estado miembro en el que la sociedad vaya a constituirse o una sucursal vaya a registrarse. Sin embargo, señala el considerando a continuación, «tal presencia física no debe exigirse sistemáticamente, sino solo caso por caso cuando existan motivos para sospechar una falsificación de identidad o un incumplimiento de las normas sobre capacidad jurídica y sobre el poder de los solicitantes para representar a una sociedad. Esa sospecha debe basarse en información de que dispongan las autoridades o personas u organismos habilitados en virtud del Derecho nacional para efectuar dichos tipos de controles»²¹.

Por tanto, como ya expusimos páginas atrás, no de forma sistemática sino puntual, casuística y justificada por razones de interés público puede exigirse la presencia física ante autoridad competente, en línea con nuestra propuesta de utilización del procedimiento de legitimación notarial de firma electrónica o cualificada del artículo 261 del Reglamento Notarial de forma proporcionada y para actuaciones de especial transcendencia o, como es el

caso, en las que quede debidamente justificada esta exigencia, que, en otro caso, de aplicarse y exigirse de forma generalizada, puede entorpecer las comunicaciones electrónicas.

Por otra parte, en línea con esta idea de proporcionalidad, debe plantearse la utilización de otras formas de intervención notarial que den seguridad a la firma electrónica en materia de autoría e identificación sin la complejidad y obstaculización que supone la actual regulación de la legitimación notarial de firma electrónica del artículo 261. En este sentido, son de interés los controles electrónicos apuntados en la Directiva (UE) 2019/1151, en cuyo Considerando (22) se dispone que: «Los Estados miembros también deben poder permitir a sus autoridades, personas u organismos competentes, comprobar, mediante controles electrónicos complementarios de identidad, capacidad jurídica y legalidad, si se cumplen todas las condiciones para la constitución de una sociedad. Dichos controles pueden incluir, entre otros, videoconferencias u otros medios en línea que ofrezcan una conexión audiovisual en tiempo real». Estos controles basados en comunicación a distancia a tiempo real pueden tener un efecto equivalencia a una comprobación presencial pero sin los inconvenientes de una personación presencial ante el notario.

En suma, la legitimación notarial de firmas está pensada para la verificación de firmas manuscritas pero es inadecuada para las firmas electrónicas, y por ello su regulación no es obstáculo para la admisión de la firma electrónica como equivalente funcional de la firma legitimada notarialmente tradicional, debiendo reservarse, si acaso, la actual legitimación de firma electrónica reconocida del artículo 261 para actos de especial transcendencia o justificación. Todo ello sin perjuicio de la introducción de otros controles de electrónicos complementarios de identidad, en línea con lo sugerido en la Directiva (UE) 2019/1151, que sí resultarían conformes a la idea de proporcionalidad y resultarían adecuados al contexto electrónico.

4. EL PRINCIPIO DE INTEROPERABILIDAD; PERSPECTIVA SUPRANACIONAL E INTERNACIONAL

El principio de interoperabilidad, basado en la cooperación entre Administraciones públicas, les permite prestar servicios de forma conjunta a los ciudadanos y reconocer mutuamente los documentos electrónicos y los sistemas de identificación y autenticación, lo que sin duda influye a nivel nacional en la determinación de los sistemas de acceso por los ciudadanos a los registros públicos.

Con una perspectiva supranacional, ha de recordarse que uno de los objetivos de la Unión Europea es la consecución de un mercado único

digital y unos servicios digitales transfronterizos. Y, precisamente, la falta de interoperabilidad se ha considerado un obstáculo para ello. Por ello, las autoridades comunitarias promueven la consecución de un mercado único digital plenamente integrado facilitando el uso transfronterizo de los servicios en línea, con especial atención a la identificación y autenticación seguras.

Por ello, se aprueba el Reglamento (UE) núm. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior con la finalidad de «reforzar la confianza en las transacciones electrónicas en el mercado interior proporcionando una base común para lograr interacciones electrónicas seguras entre los ciudadanos, las empresas y las Administraciones públicas e incrementando, en consecuencia, la eficacia de los servicios en línea públicos y privados, los negocios electrónicos y el comercio electrónico en la Unión».

Uno de los objetivos del mencionado Reglamento es, pues, eliminar las barreras existentes para el uso transfronterizo de los medios de identificación electrónica utilizados en los Estados miembros para autenticar al menos en los servicios públicos. Y, de forma concreta, el artículo 27, dedicado a las «Firmas electrónicas en servicios públicos», dispone que «Los Estados miembros no exigirán para la utilización transfronteriza de un servicio en línea ofrecido por un organismo del sector público una firma electrónica cuyo nivel de garantía de la seguridad sea superior al de una firma electrónica cualificada».

En el ámbito concreto del Derecho de sociedades, el uso de herramientas digitales eficaces e interoperables más allá de las fronteras ha centrado los esfuerzos de las autoridades de la Unión Europea. Así, en su Comunicación «Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa» y en su Comunicación «Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020 — Acelerar la transformación digital de la administración», la Comisión destaca el papel de las Administraciones públicas para ayudar a las sociedades a iniciar fácilmente sus actividades, operar en línea y expandirse más allá de las fronteras. El Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE reconoció específicamente la importancia de mejorar el uso de las herramientas digitales para cumplir con los requisitos del Derecho de sociedades. Por otra parte, en la «Declaración de Tallin de 2017 sobre la administración electrónica» de 6 de octubre de 2017, los Estados miembros hicieron un enérgico llamamiento a intensificar los esfuerzos para ofrecer en la Unión procedimientos electrónicos eficaces, centrados en los usuarios.

A estos efectos, en el ámbito comunitario, ha de tenerse en cuenta la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades, que establece, entre otras

disposiciones, normas sobre publicidad e interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades de los Estados miembros. Y, más recientemente, la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades.

La Directiva (UE) 2019/1151 establece normas específicas relativas a la constitución de las sociedades de capital, al registro de sucursales y a la presentación de documentos e información por sociedades y sucursales en línea (en lo sucesivo, «procedimientos en línea»). Posibilitar la constitución de sociedades y el registro de sucursales y la presentación íntegramente en línea de documentos e información permitiría a las sociedades utilizar herramientas digitales en sus contactos con las autoridades competentes de los Estados miembros. Para fomentar la confianza, los Estados miembros deben garantizar a los usuarios nacionales y transfronterizos que sea posible una identificación electrónica segura y el uso de servicios de confianza, de conformidad con el Reglamento (UE) núm. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo. Además, a fin de permitir la identificación electrónica transfronteriza, los Estados miembros deben establecer sistemas de identificación electrónica que proporcionen medios de identificación electrónica homologados. Dichos sistemas nacionales se utilizarían como base para el reconocimiento de los medios de identificación electrónica expedidos en otro Estado miembro. Con el objeto de garantizar un nivel de confianza elevado en situaciones transfronterizas, solo deben reconocerse los medios de identificación electrónica que sean conformes con el artículo 6 del Reglamento (UE) núm. 910/2014.

Ante estas exigencias supranacionales e incluso internacionales de interoperabilidad, cabe señalar las dificultades que puede suponer la exigencia de legitimación notarial de firma, dado que no se trata de un concepto homogéneo a nivel de derecho comparado. No existe en todos los países, y en aquellos en los que existe, no siempre es comparable, pues la terminología es diversa, y probablemente las categorías jurídicas son distintas. No está sometido a las mismas exigencias, ni siquiera en el ámbito de los países de nuestro entorno más próximo y pertenecientes al sistema de notariado latino. Así, en cuanto a la forma de legitimación, de las dos formas posibles (presencial y por comparación), en algunos países se exige personación ante notario de forma que la firma es puesta necesariamente en su presencia, mientras en otros, como España, existe medios alternativos que permiten legitimar la firma de forma comparativa, por referencia a una firma previa. Por ello, estas distintas formas de legitimación no resultan comparables por sus efectos ni tampoco por la responsabilidad asumida ni incluso por las personas que pueden realizarlos (en algunos casos, no solo notarios o

funcionarios sino incluso abogados). De ahí la manifiesta inconveniencia de esta exigencia para la consecución de unos servicios administrativos interoperativos y la conveniencia de su sustituibilidad o utilización alternativa con otros medios funcional y materialmente equivalentes que permitan esta interoperabilidad²².

VI. CONCLUSIONES

Como hemos anticipado al inicio de este trabajo, ante la existencia de diversos artículos en la legislación hipotecaria que exigen para la presentación y despacho de determinados documentos privados que vengan con la firma autógrafa del firmante, legitimada notarialmente, hemos planteado la cuestión de si este requisito estricto de la legitimación notarial debe seguir siendo aplicado cuando el documento electrónico viene firmado con un certificado electrónico reconocido, conforme a la Ley 59/2003 de firma electrónica, o cualificado de firma, conforme al Reglamento (UE) núm. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE.

Por ello, se ha analizado en este trabajo si para la presentación telemática de tales documentos privados sigue siendo necesaria la legitimación notarial exigida respecto de la firma manuscrita cuando tales documentos electrónicos se presentan firmados con firma electrónica reconocida o cualificada conforme a la legislación de firma electrónica.

I. Para resolver esta cuestión, hemos partido de la finalidad o la razón de ser de la exigencia tradicional de legitimación de firma manuscrita (asegurar la identidad del firmante del documento), a fin de determinar si la firma electrónica reconocida o cualificada cumple por si misma de forma suficiente tal finalidad identificativa. En cuyo caso, dada la equivalencia funcional, podría ser medio suficiente por si solo para acceder al registro, de forma sustitutiva o alternativa a la legitimación tradicional de firma.

Por todo ello, hemos realizado, en primer lugar, un análisis de la legitimación notarial de firmas, y, en especial, su finalidad identificativa y la forma que en que se cumple tal finalidad, para a continuación, analizar la firma electrónica o cualificada, sus efectos identificativos, a fin de determinar su posible equivalencia funcional con la firma con legitimación notarial. Todo ello con el análisis de otros elementos adicionales que, junto con el principio de equivalencia funcional, han sido tenidos en cuenta para la resolución de la cuestión objeto de este estudio, y que nos han permitido

llegar a las siguientes conclusiones, con los argumentos y razonamientos que se han expuesto.

II. Vistos los argumentos expuestos, consideramos que puede sostenerse la sustituibilidad de la firma legitimada notarialmente por la firma electrónica reconocida o cualificada basada en certificado reconocido o cualificado. El principal argumento sería la equivalencia funcional entre ambas figuras a efecto de identificar al firmante, dada la función identificativa del certificado reconocido o cualificado en que se basa la firma electrónica reconocida o cualificada. Argumento principal reforzado por otros argumentos adicionales expuestos como el derecho de acceso electrónico de los ciudadanos a las Administraciones públicas, los principios de eficacia, eficiencia y celeridad, así como el principio de proporcionalidad y la idea de interoperabilidad que presiden actualmente la implantación de la administración electrónica y la relación de esta con los ciudadanos.

III. No obstante, y aunque es cierto que una interpretación teleológica de la finalidad perseguida por ambas figuras (identificar al firmante) permite sostener la equivalencia y sustituibilidad mencionadas, para evitar dudas formales y prácticas sería conveniente la supresión en la normativa registral de la exigencia única de legitimación notarial (como se ha hecho ya en materia de depósito de cuentas) o la admisión alternativa de ambas figuras (de forma similar a lo establecido en la legislación procesal). En suma, una modificación de la legislación registral en el sentido de permitir la presentación telemática de documentos privados en el Registro con firma electrónica reconocida o cualificada, que cumple los requisitos de mayor seguridad establecidos en la normativa en la materia, siguiendo precedentes recientes en la materia.

IV. En cualquier caso, al margen de tal modificación normativa, consideramos posible y fundamentada una interpretación extensiva de la normativa registral actual *ex* artículo 3 del Código civil, precepto conforme al cual la normativa debe ser interpretada de acuerdo con la realidad social del tiempo en que la norma debe ser aplicada, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquella. Y la realidad técnica y jurídica actual nos proporciona instrumentos de identificación electrónica, como los certificados reconocidos o cualificados, que, de forma general, pueden sustituir o ser una alternativa a la legitimación notarial de firmas, como se ha establecido ya en distintas normativas sobre la materia (p. ej., normativa procesal y normativa societaria en materia de depósito de cuentas anuales).

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS de 20 de mayo de 2008
- STS de 19 de mayo de 2009

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁVILA ÁLVAREZ, P. (1990). *Derecho Notarial*, 7.^a edición. Barcelona: Editorial Bosch.
- LAFFERRIERE, A.D. (2008). *Curso de Derecho Notarial*. Nogoyá (Argentina).
- LLOPIS BENLLOCH, J.C. (2016). Legitimación notarial de firmas electrónicas, [En línea], disponible en <http://www.notariallopis.es/blog/1381/73/legitimacion-notarial-de-firmas-electronica>
- MARTÍNEZ NADAL, A. (2001). *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, 3.^a edición. Madrid: Editorial Aranzadi.
- (2009). *Comentarios a la Ley 59/2003 de firma electrónica*, 2.^a edición. Madrid: Editorial Civitas.
- OÑATE CUADROS, F.J. (2001). El testimonio notarial legitimación de firmas. *Revista La Notaria*, 150 años, 1858-2008, vol. 1, 1236 y sigs.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, I. (2011). Apuntes sobre los documentos no protocolares (dimensión europea), *El Notario del siglo XXI*, núm. 35.
- RIPOLL JAÉN, A. (2007). Reforma del Reglamento Notarial. Real Decreto 4/2007, de 19 de enero. Legitimación de firmas. *Revista La notaria*, núm. 45, 97-103.

NOTAS

¹ Actualmente se está tramitando en las Cortes Generales el Proyecto de Ley Reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza (121/000004), Boletín Oficial de las Cortes Generales, 28 de febrero de 2020.

Como es sabido, desde el 1 de julio de 2016 es de aplicación el Reglamento (UE) núm. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE.

Por ello, como se señala en la exposición de motivos, apartado I, del Proyecto de Ley reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, «que supuso la transposición al ordenamiento jurídico español de la derogada Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, se encuentra desde entonces jurídicamente desplazada en todo aquello regulado por el citado reglamento». El objeto del mencionado Proyecto de Ley es, «por tanto, adaptar nuestro ordenamiento jurídico al marco regulatorio de la Unión Europea, evitando así la existencia de vacíos normativos susceptibles de dar lugar a situaciones de inseguridad jurídica en la prestación de servicios electrónicos de confianza». Y por ello, el proyecto de ley prevé, en su caso, la derogación de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica (disposición derogatoria única), «y con ella aquellos preceptos incompatibles con el Reglamento (UE) 910/2014», como es el caso de los certificados de persona jurídica.

² Por todos, ÁVILA ÁLVAREZ, P. (1990). *Derecho Notarial*, 7.^a edición, Barcelona: Editorial Bosch.

³ Consideraciones plasmadas, correlativamente, en el articulado de la Directiva (UE) 2019/1151, concretamente en su artículo 1 que introduce en la Directiva (UE) 2017/1132 un nuevo artículo 13 ter, relativo al «Reconocimiento de medios de identificación a efectos

de los procedimientos en línea» y cuyo apartado 4 dispone que: «Cuando se justifique por razón de interés público en impedir el uso indebido o la alteración de identidad, los Estados miembros podrán, a los efectos de comprobar la identidad de un solicitante, adoptar medidas que requieran la presencia física de ese solicitante ante cualquier autoridad, persona u organismo habilitado en virtud del Derecho nacional para tratar cualquier aspecto de los procedimientos en línea a que se refiere el presente capítulo, incluido el otorgamiento de la escritura de constitución de una Sociedad». No obstante, como se señala específicamente en el inciso final de este apartado 4: «Los Estados miembros se asegurarán de que solo pueda exigirse la presencia física de un solicitante caso por caso cuando existan razones para sospechar una falsificación de identidad, y de que cualquier otra fase del procedimiento pueda completarse en línea».

⁴ Mientras la Ley 59/2003 regula los certificados reconocidos (y también a la firma y los prestadores reconocidos), el Reglamento de identificación electrónica se refiere a los certificados cualificados (y también a la firma y los prestadores cualificados). Ante este cambio, el propio Reglamento contempla la necesidad de una transitoriedad (Considerado 74: «Para dar seguridad jurídica a los operadores del mercado que ya utilicen certificados reconocidos expedidos a personas físicas de conformidad con la Directiva 1999/93/CE, es necesario prever un periodo de transición suficiente.»), que se establece de forma detallada en el artículo 51 y, para el caso de los «certificados reconocidos expedidos para las personas físicas conforme a la Directiva 1999/93/CE consiste en su equiparación a los certificados cualificados hasta la fecha de su caducidad («se considerarán certificados cualificados de firma electrónica con arreglo al presente Reglamento hasta que caduquen», art. 51.2).

⁵ En los supuestos de certificados de persona jurídica, conforme al artículo 13.2 LFE, «En el caso de certificados reconocidos de personas jurídicas, los prestadores de servicios de certificación comprobarán, además, los datos relativos a la constitución y personalidad jurídica y a la extensión y vigencia de las facultades de representación del solicitante mediante los documentos públicos que sirvan para acreditar los extremos citados de manera fehaciente y su inscripción en el correspondiente registro público si así resulta exigible. La citada comprobación podrá realizarse, asimismo, mediante consulta en el registro público en el que estén inscritos los documentos de constitución y de apoderamiento, pudiendo emplear los medios telemáticos facilitados por los citados registros públicos».

El Proyecto de Ley reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, siguiendo en este punto al Reglamento (UE) núm. 910/2014 relativo a la identificación electrónica, suprime los certificados de persona jurídica que son sustituidos por los sellos electrónicos que, según el Considerando (59) del Reglamento «deben servir como prueba de que un documento electrónico ha sido expedido por una persona jurídica, aportando certeza sobre el origen y la integridad del documento». Respecto de la comprobación de identidad, «Los prestadores de servicios de confianza que expidan certificados cualificados de sello electrónico deben instaurar las medidas necesarias para poder determinar la identidad de la persona física que representa a la persona jurídica a la que se entregue el certificado cualificado de sello electrónico, cuando se requiera tal identificación a nivel nacional en el contexto de procedimientos judiciales o administrativos» (Considerando 59 del Reglamento de identificación electrónica). Finalmente ha de mencionarse que para la vinculación electrónica de una persona jurídica, junto con el sello electrónica, puede recurrirse a la firma del representante de la persona jurídica; en este sentido, el Considerando (58) del Reglamento de identificación electrónica dispone que: «Cuando una transacción exija un sello electrónico cualificado de una persona jurídica, debe ser igualmente aceptable una firma electrónica cualificada del representante autorizado de la persona jurídica».

⁶ Con algunos cambios formales y terminológicos, como la calificación de los certificados como cualificados, en línea con la terminología del Reglamento (UE) 910/2014.

⁷ En la exposición de motivos, apartado III, del Proyecto de Ley Reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, se señala que el Reglamento (UE) 910/2014 contempla la posibilidad de verificación de la identidad del solicitante de un certificado cualificado a través de otros medios contemplados en la actual Ley 59/2003 y también, siguiendo al Reglamento comunitario, utilizando otros métodos de identificación reconocidos a escala nacional que garanticen una seguridad equivalente en términos de fiabilidad a la presencia física. Haciéndose eco de esta previsión, la ley habilita a que mediante una orden ministerial se regulen las condiciones y requisitos técnicos que lo harían posible.

En este sentido, en el texto articulado del Proyecto de Ley, el artículo 7, tras establecer, como hemos visto, como sistema general en el apartado 1 que la identificación de la identificación de la persona física que solicite un certificado cualificado exigirá su personación ante los encargados de verificarla (pudiendo prescindirse también de la personación si la firma en la solicitud ha sido legitimada en presencia notarial), dispone, en su apartado 2 que: «Por Orden de la persona titular del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital se determinarán las condiciones y requisitos técnicos aplicables a la verificación de la identidad y, si procede, otros atributos específicos de la persona solicitante de un certificado cualificado, mediante otros métodos de identificación que aporten una seguridad equivalente en términos de fiabilidad a la presencia física».

Por tanto, se abren las puertas a otras formas de identificación con la exigencia de que aporten una seguridad equivalente a la presencia física en que se basa el sistema general. A la espera en su caso del desarrollo ministerial de esta previsión es deseable que las condiciones y requisitos técnicos no sean excesivamente laxos pues ello supondría reducir o debilitar la seguridad del sistema. Por ello, precisamente consideramos que la previsión del siguiente apartado 3 del artículo 7 (que dispone que «3. La forma en que se ha procedido a identificar a la persona física solicitante podrá constar en el certificado. En otro caso, los prestadores de servicios de confianza deberán colaborar entre sí para determinar cuándo se produjo la última personación») debería dejar de ser facultativa para ser imperativa (sustituyendo la palabra «podrá» por «deberá») pues de esta forma se podría saber cuál ha sido la forma de identificación y con ello se podría determinar la confianza que merece el certificado, especialmente para actuaciones especialmente relevantes.

⁸ El Reglamento europeo de identificación electrónica no contempla estrictamente un supuesto similar sino uno más amplio en el que podría tener cabida la previsión del derecho español vigente y proyectado; en concreto, el artículo 24.1, tras disponer que la comprobación de identidad del solicitante de un certificado cualificado puede realizarse en presencia de la persona física o de un representante autorizado de la persona jurídica (apartado a), admite también que pueda realizarse «a distancia, utilizando medios de identificación electrónica, para los cuales se haya garantizado la presencia de la persona física o de un representante autorizado de la persona jurídica previamente a la expedición del certificado cualificado, y que cumplan los requisitos establecidos con el artículo 8 con respecto a los niveles de seguridad “sustancial” o “alto” ...».

⁹ Conforme al Considerando 16 del Reglamento (UE) 910/2014, los niveles de seguridad deben caracterizar el grado de confianza de un medio de identificación electrónica para establecer la identidad de una persona, garantizando así que la persona que afirma poseer una identidad determinada es de hecho la persona a quien se ha atribuido dicha identidad. El nivel de seguridad depende del grado de confianza que aporte este medio de identificación electrónica sobre la identidad pretendida o declarada por una persona, teniendo en cuenta los procedimientos técnicos, (por ejemplo, prueba y verificación de la identidad, autenticación), las actividades de gestión (como la entidad que expide los medios de identificación electrónica, el procedimiento para expedir dichos medios) y los controles aplicados. Como resultado de las actividades la normalización y las actividades internacionales de la financiación de la Unión de proyectos piloto a gran escala, exis-

ten varias definiciones y descripciones técnicas de niveles de seguridad. De forma más detallada, el artículo 8 del Reglamento, regula los «Niveles de seguridad de los sistemas de identificación electrónica» distinguiendo entre niveles de seguridad bajo, sustancial y alto y exigiendo que cuando se notifique un sistema de identificación electrónica para su reconocimiento transfronterizo deberá especificar los niveles de seguridad (bajo, sustancial y alto) para los medios de identificación electrónica expedidos en virtud del mismo.

¹⁰ En el artículo 13.1 («Responsabilidad y carga de la prueba») del Reglamento europeo de identificación electrónica, tras establecerse de forma general que «... los prestadores de servicios de confianza serán responsables de los perjuicios causados de forma deliberada o por negligencia a cualquier persona física o jurídica en razón del incumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente Reglamento» en materia de carga de la prueba existen dos previsiones: a) en primer lugar, se dispone que «La carga de la prueba de la intencionalidad o la negligencia de un prestador no cualificado de servicios de confianza corresponderá a la persona física o jurídica que alegue los perjuicios a que se refiere el primer párrafo», sin, por tanto, inversión de la carga en este párrafo segundo del artículo 13.1 que, obsérvese, resulta aplicable a los prestadores no cualificados; b) no obstante, el párrafo tercero dispone que: «Se presumirá la intencionalidad o la negligencia de un prestador cualificado de servicios de confianza salvo cuando ese prestador cualificado de servicios de confianza demuestre que los perjuicios a que se refiere el párrafo primero se produjeron sin intención ni negligencia por su parte»; por tanto, se establece, y solo para el caso de los prestadores cualificados, una presunción *iris tantum* de negligencia del prestador que, sin duda, es beneficiosa para los terceros usuarios perjudicados, dadas las dificultades probatorias que pueden tener. Finalmente, el artículo 13.3 dispone que estas previsiones «se aplicarán con arreglo a las normas nacionales sobre responsabilidad».

En cambio, como ya se ha avanzado, el Proyecto de Ley reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, que derogará, en su caso, a la Ley 59/2003 de firma electrónica, regula esta cuestión de la responsabilidad en su artículo 11 («Responsabilidad de los prestadores de servicios electrónicos de confianza») y de la lectura del mismo se desprende la desaparición de la inversión de la carga de la prueba que existe en la regulación actual y que tanto beneficio al tercero perjudicado. Desaparición que entendemos negativa y perjudicial para los terceros usuarios y que, como hemos visto, no viene exigida por el Reglamento comunitario en la materia; por ello, consideramos deseable su reintroducción durante la tramitación del Proyecto de Ley.

¹¹ En concreto, tras señalar que «El soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio», dispone el artículo 3, apartado 8 de la Ley 59/2003 de firma electrónica que «Si se impugna la autenticidad de la firma electrónica reconocida con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico se procederá a comprobar que se trata de una firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido, que cumple todos los requisitos y condiciones establecidos en esta Ley para este tipo de certificados, así como que la firma se ha generado mediante un dispositivo seguro de creación de firma electrónica». En tal supuesto de impugnación, «La carga de realizar las citadas comprobaciones corresponderá a quien haya presentado el documento electrónico firmado con firma electrónica reconocida». Y, si dichas comprobaciones obtienen un resultado positivo «se presumirá la autenticidad de la firma electrónica reconocida con la que se haya firmado dicho documento electrónico siendo las costas, gastos y derechos que origine la comprobación exclusivamente a cargo de quien hubiese formulado la impugnación. Si, a juicio del tribunal, la impugnación hubiese sido temeraria, podrá imponerle, además, una multa de 120 a 600 euros».

¹² En efecto, el artículo 3, apartado 8 de la Ley 59/2003 de firma electrónica, en su párrafo final, dispone que «Si se impugna la autenticidad de la firma electrónica avanzada, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, se estará a lo establecido en el apartado 2 del artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Y esta remisión al artículo 326.2 LEC nos sitúa, efectivamente, ante la regulación de la impugnación de la autenticidad de un documento privado, supuesto en el que «el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto». Y si del cotejo o de otro medio de prueba se desprendiere la autenticidad del documento, «se procederá conforme a lo previsto en el apartado tercero del artículo 320» (que establece que serán exclusivamente a cargo de quien hubiese formulado la impugnación las costas, gastos y derechos que origine el cotejo o comprobación), mientras que si «no se pudiese deducir su autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica» (art. 326.2 LEC).

¹³ Estas previsiones genéricas tienen su plasmación en el texto articulado del Proyecto de Ley, cuyo artículo 3, dedicado precisamente a los «Efectos jurídicos de los documentos electrónicos». Y, en su apartado 1 se dispone que «El documento electrónico será soporte de documentos públicos, administrativos y privados, que tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable». El apartado 2 del artículo 3 regula a continuación, de forma novedosa, la prueba de los documentos electrónicos privados, realizando la siguiente distinción, en función de la utilización de servicios de confianza cualificado o no cualificados:

a) «La prueba de los documentos electrónicos privados en los que se hubiese utilizado un servicio de confianza no cualificado se regirá por lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 326 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil» (art. 3, apartado 2, inciso inicial).

Dada esta remisión a Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de tenerse en cuenta que el Proyecto de Ley modifica precisamente la Ley 1/2000 «con objeto de adaptarla al nuevo marco regulatorio de los servicios electrónicos de confianza definido en esta ley y en el Reglamento (UE) 910/2014» (exposición de motivos). En concreto, en la disposición final segunda del Proyecto de Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, apartado Uno, se modifica el apartado tres del artículo 326 de la Ley, de Enjuiciamiento Civil, al que hemos visto que remite el artículo 3,y que queda redactado en los siguientes términos:

«3. Cuando la parte a quien interese la eficacia de un documento electrónico lo solicite o se impugne su autenticidad, integridad, precisión de fecha y hora u otras características del documento electrónico que un servicio electrónico de confianza no cualificado de los previstos en el Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior, permita acreditar, se procederá con arreglo a lo establecido en el apartado 2 del presente artículo y en el Reglamento (UE) núm. 910/2014».

Por tanto, en el supuesto de documentos electrónicos basados en servicios de confianza no cualificados, se remite al apartado 2 del artículo 320 LEC, con lo que, en caso de aprobarse el Proyecto de Ley en estos términos, la situación no cambiaría sustancialmente respecto a la actual, en la medida que la actual Ley 59/2003 de firma electrónica en los supuestos de impugnación de la firma electrónica avanzada, remite, en el artículo 3, apartado 8, a los supuestos de valoración de documentos privados de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 326, apartado 2, «Fuerza probatoria de los documentos privados»).

b) «Si el servicio fuese cualificado, se estará a lo previsto en el apartado 4 del mismo precepto» (art. 3, apartado 2, inciso final).

Nuevamente, en la disposición final segunda del Proyecto de Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, apartado uno, se añade este apartado cuatro (ahora inexistente) del artículo 326 de la Ley, de Enjuiciamiento Civil, y que queda redactado en los siguientes términos:

«4. Si se hubiera utilizado algún servicio de confianza cualificado de los previstos en el Reglamento citado en el apartado anterior, se presumirá que el documento reúne la

característica cuestionada y que el servicio de confianza se ha prestado correctamente si figuraba, en el momento relevante a los efectos de la discrepancia, en la lista de confianza de prestadores y servicios cualificados.

Si aun así se impugnare el documento electrónico, la carga de realizar la comprobación corresponderá a quien haya presentado la impugnación. Si dichas comprobaciones obtienen un resultado negativo, serán las costas, gastos y derechos que origine la comprobación exclusivamente a cargo de quien hubiese formulado la impugnación. Si, a juicio del tribunal, la impugnación hubiese sido temeraria, podrá imponerle, además, una multa de 300 a 1200 euros».

Con esta previsión, y la remisión a la nueva redacción de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se modifica la regulación actual y se consagra legalmente la ventaja probatoria a la que se alude en la exposición de motivos del Proyecto de Ley, pues se simplifica la prueba, de tal forma que «basta la mera constatación de la inclusión del citado servicio en la lista de confianza de prestadores cualificados de servicios electrónicos regulada en el artículo 22 del Reglamento (UE) 910/2014» para que el documento se beneficie de la presunción de reunir la característica impugnada, correspondiendo además la carga de la prueba de la comprobación a quien impugnare el documento.

¹⁴ Esta equivalencia ha de predicarse también respecto de la legitimación o ratificación de firma ante el registrador que prevé en ocasiones la legislación hipotecaria como alternativa a la legitimación notarial (art. 166.11, 208, 216, 238 del Reglamento Hipotecario).

¹⁵ El Proyecto de Ley Reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza (que vendrá a sustituir, en su caso, a la Ley 59/2003), incluye una disposición adicional primera («Fe pública y servicios electrónicos de confianza») con un contenido similar a la actual previsión del artículo 1, apartado 2 de la Ley 59/2003: «Lo dispuesto en esta ley no sustituye ni modifica las normas que regulan las funciones que corresponden a los funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe en documentos en lo que se refiere al ámbito de sus competencias») aunque la supresión del inciso final actual: «...siempre que actúen con los requisitos exigidos en la ley».

¹⁶ Artículo 13 ter, «Reconocimiento de medios de identificación a efectos de los procedimientos en línea»:

1. Los Estados miembros velarán por que los siguientes medios de identificación electrónica puedan ser utilizados por los solicitantes que sean ciudadanos de la Unión en los procedimientos en línea contemplados en el presente capítulo:

a) los medios de identificación electrónica expedidos por un sistema de identificación electrónica aprobado por el propio Estado miembro;

b) los medios de identificación electrónica expedidos en otro Estado miembro y reconocidos a efectos de la autenticación transfronteriza de conformidad con el artículo 6 del Reglamento (UE) núm. 910/2014.

2. Los Estados miembros podrán denegar el reconocimiento de los medios de identificación electrónica si los niveles de seguridad de esos medios de identificación electrónica no cumplen las condiciones establecidas en el artículo 6, apartado 1, del Reglamento (UE) núm. 910/2014.

3. Todos los medios de identificación reconocidos por los Estados miembros se pondrán a disposición del público».

¹⁷ Artículo 273 redactado por el apartado treinta y cuatro del artículo único de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

¹⁸ Artículo 683 redactado por el apartado veintitrés del artículo primero de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.

¹⁹ Artículo 24 redactado por el apartado tres del artículo único de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

²⁰ Como se ha señalado, el número 2 del artículo 10 ha sido recientemente redactado por el número dos del artículo 3 del Real Decreto Ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones.

²¹ Consideraciones plasmadas, correlativamente, en el articulado de la Directiva (UE) 2019/1151, concretamente en su artículo 1 que introduce en la Directiva (UE) 2017/1132 un nuevo artículo 13 ter, relativo al «Reconocimiento de medios de identificación a efectos de los procedimientos en línea» y cuyo apartado 4 dispone que: «Cuando se justifique por razón de interés público en impedir el uso indebido o la alteración de identidad, los Estados miembros podrán, a los efectos de comprobar la identidad de un solicitante, adoptar medidas que requieran la presencia física de ese solicitante ante cualquier autoridad, persona u organismo habilitado en virtud del Derecho nacional para tratar cualquier aspecto de los procedimientos en línea a que se refiere el presente capítulo, incluido el otorgamiento de la escritura de constitución de una Sociedad». No obstante, como se señala específicamente en el inciso final de este apartado 4: «Los Estados miembros se asegurarán de que solo pueda exigirse la presencia física de un solicitante caso por caso cuando existan razones para sospechar una falsificación de identidad, y de que cualquier otra fase del procedimiento pueda completarse en línea».

²² Diferencias en el ámbito del derecho comparado en materia de legitimación notarial puestas de manifiesto por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, I. (2011). Apuntes sobre los documentos no protocolares (dimensión europea), *El Notario del siglo XXI*, núm. 35.

*(Trabajo recibido el 17-7-2020 y aceptado
para su publicación el 24-9-2020)*

DICTÁMENES Y NOTAS

Régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y daños causados por los registradores de la propiedad

Patrimonial responsibility regime of the Public Administrations and damages caused by property registrars

por

J. LEANDRO MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ
Letrado Mayor del Consejo de Estado

RESUMEN: La aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas a los daños causados por los registradores de la propiedad con ocasión del ejercicio de sus funciones carece de fundamento legal al existir una regulación específica para ello contenida en la Ley Hipotecaria. Además, no concurren los requisitos precisos para hacerlo.

ABSTRACT: The application of the patrimonial liability regime from the Public Administrations to damages caused by property registrars during the exercise of their functions lacks legal basis as there is a specific regulation for this contained in the Mortgage Law. In addition, the precise requirements to do so are not met.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Servicio público. Registrador de la propiedad.

KEY WORDS: *Patrimonial liability from the Public Administrations. Public service. Property registrars.*

SUMARIO: I. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y EL RÉGIMEN JURÍDICO DE INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD.—II. CALIFICACIÓN DEL REGISTRO COMO SERVICIO PÚBLICO. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. CRITERIOS INTERPRETATIVOS SOBRE SU APLICACIÓN A LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD.—III. SERVICIO PÚBLICO. EJERCICIO PRIVADO DE FUNCIONES PÚBLICAS: LA ADMISIÓN COMO TÍTULO HABILITANTE PARA SU EJERCICIO. CONCEPTO DE FUNCIONARIO. JERARQUÍA Y SUPREMACÍA. EL ÓRGANO ADMINISTRATIVO.—IV. CARACTERIZACIÓN GENERAL DEL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD Y DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—V. CONCLUSIONES: INAPLICABILIDAD DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS A LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y EL RÉGIMEN JURÍDICO DE INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD

1. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

El Registro de la Propiedad, a cargo de los registradores, es el instrumento o medio técnico de la publicidad inmobiliaria en nuestro ordenamiento. Como tal instrumento ha sido considerado bajo diversas perspectivas.

La primordial es la que lo califica como institución, cuyo objeto es articular la publicidad inmobiliaria y proteger las titularidades de los derechos reales sobre inmuebles; en concreto, la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Así lo expresa el artículo 1 de la Ley Hipotecaria y el artículo 605 del Código civil. Junto a esta perspectiva primordial, doctrinalmente se han configurado otras: como oficina, como conjunto de libros y como servicio público.

Como oficina, el registro es la dependencia existente en cada circunscripción territorial —llamada demarcación—, a cargo de un registrador, en la que figuran los actos relativos a bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre ellos. Como conjunto de libros, es la reunión ordenada de los libros oficiales, debidamente numerados y legalizados, existentes en cada oficina pública de registro, en los que constan, conforme a la ley, los asientos correspondientes a los actos inscribibles (ROCA SASTRE). Como servicio público, el registro es aquel que tiene por objeto la publicidad de determinadas situaciones jurídicas por medio de la inscripción, obligatoria o constitutiva, de los derechos reales sobre inmuebles en razón de la seguridad del tráfico inmobiliario, de la cual es destinataria la sociedad, a la vez que se satisface el interés particular de los individuos (HERNÁNDEZ GIL).

Aún vinculado a la estructura del Estado, el registro no está integrado orgánicamente en la Administración pública.

Al frente del Registro se sitúa el registrador de la propiedad, que tiene la doble consideración de profesional del derecho y funcionario público.

2. RÉGIMEN JURÍDICO DE RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS REGISTRADORES PREVISTO EN LA LEY HIPOTECARIA

La Ley Hipotecaria prevé que la responsabilidad dimanante de los daños producidos por los registradores de la propiedad en el ejercicio de sus funciones (arts. 296, 300, 322 y sigs.)¹ se les debe exigir directamente por los lesionados, conforme con las reglas de la responsabilidad civil, quedando al margen la Administración pública. La exigencia de dicha responsabilidad se hace, según dispone el artículo 303 de la Ley de Hipotecaria, en la vía jurisdiccional civil². La índole civil de la responsabilidad derivada de los actos de los registradores, acogida en la Ley Hipotecaria, está reconocida expresamente, además, en otros textos³.

En otros términos, en consonancia con la naturaleza civil de la función ejercida y con el modo profesional del ejercicio de la función desempeñada por los registradores, la Ley Hipotecaria previene que su responsabilidad por los daños causados en el ejercicio de sus funciones tienen carácter civil y su exigencia debe hacerse ante los tribunales ordinarios. Sus determinaciones no han sido nunca objeto, ni de modificación, ni de derogación expresa, por ninguna otra norma de rango legal.

Existe pues una exclusión de la aplicación de la legislación reguladora de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, de la competencia de estas para declararla y de la del orden contencioso-administrativo para conocer de las controversias que pudieren surgir sobre la cuestión. Con independencia de la naturaleza jurídica atribuible al re-

gistro, de la condición de funcionarios públicos de los registradores y del eventual carácter administrativo de la actividad desarrollada por estos, el ordenamiento establece un régimen propio y específico para la exigencia de su responsabilidad, reconociendo su carácter civil y la competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de los litigios que pudieren suscitarse en la materia.

II. CALIFICACIÓN DEL REGISTRO COMO SERVICIO PÚBLICO. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. CRITERIOS INTERPRETATIVOS SOBRE SU APLICACIÓN A LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD

1. LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRO COMO SERVICIO PÚBLICO

Junto a la perspectiva tradicional y primordial del registro como institución jurídica que articula la publicidad de los derechos reales sobre los bienes inmuebles, desde mediados de la pasada centuria, el Registro de la Propiedad comenzó a ser calificado como servicio público. Así lo hizo inicialmente la doctrina científica⁴, luego la administrativa⁵ y finalmente la jurisprudencia⁶.

La calificación del registro como servicio público no ha sido inocua. Antes al contrario, ha comportado que se haya afianzado y consolidado, lenta y gradualmente —en doctrina, en la práctica administrativa y en la jurisprudencia—, el criterio de que es una institución administrativa. Se ha ido poniendo el énfasis en la vertiente funcional del registrador e incluso se ha ido a más. Con base en esa calificación y en detrimento de la consideración de su faceta de institución de articulación de la publicidad registral, se ha dicho que el registro es un órgano administrativo; el registrador, primordialmente, un funcionario público; y la actuación registral, una actividad materialmente administrativa pues implica una gestión o tarea propia de una función pública (Sentencia del Tribunal Supremo —Sala Tercera— de 24 de febrero de 2000).

2. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Una de las consecuencias —hasta erigirse en un simple corolario— de este lento proceso ha sido la afirmación —doctrinal y jurisprudencial— de que la actuación registral queda comprendida en el ámbito del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y que por

tanto los daños dimanantes de aquella han de sustanciarse conforme con las normas reguladoras de esta.

El sistema de responsabilidad pública pivota sobre el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público⁷.

Ahora bien, el sistema no se agota en este precepto. Junto a él, existen regímenes públicos de indemnización especial —por el que se rigen los daños causados por los contratistas o por los concesionarios o irrogados a los funcionarios, etc.— que resultan de aplicación preferente. De este modo, el artículo 32 citado se configura como una cláusula supletoria ante la inexistencia de regímenes específicos propios⁸.

3. CRITERIOS INTERPRETATIVOS SOBRE SU APLICACIÓN A LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD

Sobre la base de la premisa de que el Registro es un servicio público, se han articulado tres posiciones sobre la cuestión, a saber:

A) Una primera afirma que los daños causados por la actuación del registrador de la propiedad en el ejercicio de sus funciones deben ser reclamados ante la jurisdicción ordinaria y sustanciados conforme con las reglas de la responsabilidad civil según lo dispuesto en la Ley Hipotecaria —artículos 296 y 303—, no porque su actuación sea propiamente civil sino porque el régimen establecido en esta ley tiene la consideración de especial en el sistema de responsabilidad patrimonial y resulta de aplicación preferente al artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

Este planteamiento admite conceptualmente que el Registro es un servicio público; que los actos de los registradores tienen la consideración de actos de la Administración y que la actividad registral es materialmente administrativa, pero excluye la aplicación del artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, por la existencia de un régimen específico de resarcimiento: el artículo 296 de la Ley Hipotecaria. En otros términos, funda esa exclusión en las propias normas reguladoras de la responsabilidad pública.

Dicho de otra manera, el artículo 32 de la Ley 40/2015 no implica la desaparición del régimen singular establecido en el artículo 296 de la Ley de Hipotecaria —responsabilidad civil—. Pervive y resulta de aplicación preferente, porque la regulación de la responsabilidad patrimonial lo previene⁹.

B) Una segunda concepción, diametralmente opuesta a la anterior, es la afirmada por cierta doctrina científica¹⁰ y algún Tribunal Superior de Justicia —en *obiter dicta*—. Considera que todos los daños causados por

los registradores en el ejercicio de sus funciones deben ser reclamados por los interesados ante la Administración pública con base en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre. El artículo 296 de la Ley Hipotecaria —y los demás que imponen al registrador la obligación de indemnizar los daños conforme con las leyes civiles— debe estimarse derogado por mentado artículo 32. No cabe, ni accionar directamente contra el registrador, ni hacerlo ante la jurisdicción civil. Por tanto, las reclamaciones de daños han de formularse ante el Ministerio de Justicia y sustanciarse mediante el procedimiento administrativo previsto para ello —Ley 39/2015, de 1 de octubre, artículos 65, 67, 81 y 91—.

C) Una tercera opinión distingue entre el registrador y el Registro, atribuyéndoles a ambos la condición de órganos administrativos y funciones o competencias distintas, diferenciadas.

A los registradores se les encomienda la actividad registral estricta, esto es, la jurídicamente más relevante en relación con los terceros; en concreto, dice el dictamen del Consejo de Estado 940/1999, de 21 de octubre de 1999, les corresponde ejercer las *potestades* —obsérvese el empleo de este término expresivo de un poder administrativo— de calificación registral y de decisión acerca de los títulos que deben tener acceso al Registro (Ley Hipotecaria, artículo 18 en relación con el artículo 273). Se trata de potestades atribuidas a título personal y ejercidas bajo su propia responsabilidad, con plena independencia, hasta el punto de no poder consultar a la Dirección General hoy de Seguridad Jurídica y Fe Pública antes de decidir (Ley Hipotecaria, art. 18).

El Registro, por su parte, en cuanto órgano de apoyo de los registradores, desenvuelve ciertas actividades jurídicas instrumentales y otras puramente materiales que sirven de soporte a las desarrolladas por aquellos. Carecen del acusado carácter personalista apreciable en las de calificación registral.

La distinción expuesta ha sido acogida por el Ministerio de Justicia en diversas resoluciones¹¹, por el Consejo de Estado¹² y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹³.

Con estas mimbres y sobre la base de la distinción señalada, se ha construido una doctrina administrativa y jurisprudencial que afirma que la responsabilidad personal, de índole civil, de los registradores (Ley Hipotecaria, art. 296) y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (Ley 40/2015, de 1 de octubre, art. 32) son compatibles. Se ajustan con naturalidad, puesto que tienen ámbitos de aplicación diferenciados y se basan en títulos jurídicos distintos.

La primera, la responsabilidad del registrador prevenida en el artículo 296 de la Ley Hipotecaria —y en otros preceptos del mismo Cuerpo legal antes citados—, es personal, de naturaleza civil. Nace de los supuestos de

errónea calificación o decisión registral de determinación de los títulos que acceden al Registro y de otras resoluciones de contenido jurídico en las que es apreciable un ejercicio personalísimo de funciones públicas por el registrador. En otros términos, es aplicable a los casos incardinables en las actividades que le son directa y personalmente atribuibles.

Así las cosas y dado que el régimen previsto en la Ley Hipotecaria —artículo 296— constituye un régimen específico de responsabilidad prevalente sobre el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, este no resulta de aplicación. Ello lleva a concluir que los daños derivados de la actividad de calificación y análogas no son susceptibles de ser reclamados con base en el sistema general de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, sino conforme con el régimen específico previsto en la Ley Hipotecaria. Por consiguiente, las reclamaciones formuladas por eventuales daños derivados de esta clase de actividad se sustancian ante la jurisdicción ordinaria, ejercitando los lesionados las correspondientes acciones contra el registrador (Ley Hipotecaria, art. 303).

La exigencia de esta responsabilidad tiene como presupuesto la determinación de si la concreta decisión registral fue errónea y si la función calificadora y decisora del registrador se ejerció correctamente. Sin este presupuesto no es posible accionar judicialmente.

Por el contrario, los daños derivados de las actividades imputables a la oficina del registro, esto es, de aquellas en las que falta el elemento personal antes citado, de un lado, y los que son consecuencia de la falta de medios materiales, de su defectuosa organización y del incumplimiento de los estándares funcionales requeridos al servicio, de otra parte, son susceptibles de ser reclamados a través de los cauces previstos para sustanciar la responsabilidad patrimonial de la Administración pública y con base en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

Esta responsabilidad, la de la oficina del Registro, tiene naturaleza administrativa, dada su condición de servicio público. Se sujeta al tan citado artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, y no a la Ley Hipotecaria. La acción de responsabilidad patrimonial es directamente ejercitable por los interesados frente al Ministerio de Justicia, sin necesidad de hacerlo previamente ante el registrador y sin que el Departamento pueda oponer esta omisión como causa de exoneración. La Administración está obligada a tramitar la reclamación como un caso más de responsabilidad patrimonial, resolviendo ella misma sobre la pretensión formulada y abonando la indemnización reconocida, sin perjuicio de repetir luego contra el causante el importe pagado conforme con las previsiones del artículo 36 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

Esta tercera forma de articular la responsabilidad se ha ido abriendo camino en la actuación administrativa y en la jurisprudencia desde hace ya

años, hasta asentarse de manera sólida. En la práctica administrativa, ha sido avalada por el Consejo de Estado¹⁴. En la jurisprudencia, se ha acogido por el Tribunal Supremo¹⁵ y por la Audiencia Nacional¹⁶.

La diferenciación entre responsabilidad del registrador y de la oficina del Registro y de sus regímenes jurídicos no es baladí. No solo por la vía en que han de sustanciarse sino por los requisitos sustantivos aplicables a una y otra. La primera, al ser civil, es culposa (CC, art. 1902) y se dilucida ante la jurisdicción ordinaria; la segunda, administrativa, es objetiva (Ley 40/2015, artículo 40) y se solventa en el orden contencioso-administrativo, una vez instruida la vía gubernativa.

En todo caso, al diferenciarse entre responsabilidad del registrador y de la oficina del Registro, se establece una dicotomía obligada para el reclamante. Según la índole de la actividad generadora del daño, ha de utilizar una u otra vía. No puede optar discrecionalmente. Cada una tiene su objeto propio.

4. PREMISA SOBRE LA QUE OPERAN LOS CRITERIOS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES QUE AFIRMAN PROCEDENTE APLICAR EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS A LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES. INEXISTENCIA DE PREVISIÓN LEGAL QUE ESTABLEZCA DICHA APLICACIÓN

Todas las posiciones antes expuestas parten de una premisa que toman por cierta, con carácter indiscutido: la de que el Registro de la Propiedad es un servicio público de titularidad pública. De ahí derivan que la actividad registral es una actividad administrativa; el registro, un órgano administrativo y el registrador, exclusiva o primordialmente, un funcionario público, titular del referido órgano. De estas calificaciones arrastran indefectiblemente la procedencia de aplicar el sistema de la responsabilidad patrimonial a los daños causados por los registradores en el ejercicio de sus funciones.

Para verificar la certeza de la premisa tomada como cierta, es preciso examinar sumariamente el concepto de servicio público y las demás nociones atribuidas al registrador, al Registro y a la actividad registral. Porque existe un hecho cierto e innegable: no hay ningún precepto legal que califique, de manera expresa, al Registro de la Propiedad como servicio público. Esta calificación encuentra su fundamento exclusivamente en una construcción doctrinal y jurisprudencial, que sirve de sustento —en lo tocante al régimen de responsabilidad aplicable a los daños causados por los registradores— bien para ignorar, en mayor o menor medida, la vigencia del artículo 296 de la Ley Hipotecaria y en consecuencia inaplicarlo; bien para considerarlo

un régimen especial respecto del previsto en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

En otros términos, frente a una previsión legal expresa y una precisa y minuciosa regulación —la contenida en el artículo 296 y siguientes de la Ley Hipotecaria— que afirma el carácter civil de la responsabilidad dimanante de la actuación del registrador y su exigibilidad ante la jurisdicción ordinaria, la doctrina y jurisprudencia antes reseñada oponen las resultas de una simple calificación doctrinal —la de servicio público del Registro— para reconducir la actuación registral al ámbito de la responsabilidad pública.

III. SERVICIO PÚBLICO. EJERCICIO PRIVADO DE FUNCIONES PÚBLICAS: LA ADMISIÓN COMO TÍTULO HABILITANTE PARA SU EJERCICIO. CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO. JERARQUÍA Y SUPREMACÍA. EL ÓRGANO ADMINISTRATIVO

1. EL SERVICIO PÚBLICO PROPIO Y EL SERVICIO PÚBLICO EN SENTIDO OBJETIVO: LAS ACTIVIDADES PRIVADAS CALIFICADAS COMO SERVICIO PÚBLICO

El presupuesto sobre el que operan los criterios doctrinales y jurisprudenciales antes expuestos es el de que el Registro es un servicio público; esto es, una actividad de titularidad pública.

Como se ha dicho ya la doctrina científica y administrativa y la jurisprudencia han calificado el Registro como servicio público y, como, tal inserto en la esfera propia de las Administraciones públicas. Y, a resultas de dicha inserción, ha extraído como consecuencia la aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas a los daños irrogados por los registradores de la propiedad en el ejercicio de sus funciones.

La noción de servicio público es imprecisa, lábil, de contenido diverso y perfiles difusos. Sus límites son solo susceptibles de ser columbrados pero no definidos. Hasta tal punto, que se ha dicho que «el concepto de servicio público es un concepto equívoco, polivalente. Es un invento de principios del siglo XIX, elaborado doctrinalmente por el Derecho francés que lo ha venido empleando progresivamente hasta dar lugar a un cajón de sastre en el que cabe lo que cada momento quiere el *Conseil d'Etat*»¹⁷ (ARINO).

Hay múltiples —casi infinitas— nociones de servicio público. Así:

A) En la legislación civil y mercantil, el uso de la expresión servicio público carece de propiedad en la mayoría de los casos. Unas veces se emplea para referirse, cualquiera que sea quien lo desenvuelva, a las acti-

vidades prestadas al público y otras se utiliza como sinónimo de actividad de titularidad pública.

B) En la legislación económica y fiscal, la noción de servicio público hace referencia a dos conceptos, en relación de género y especie. El primero considera servicio público cualquier actividad pública que genera ingresos o gastos públicos; el segundo, solo aquellas actividades que implican obligaciones financieras para las entidades públicas; es decir, las referidas al crédito financiero.

C) En la legislación administrativa, por su parte, la expresión servicio público se emplea hasta en cuatro sentidos, si bien reconducibles a dos categorías: como realidad subjetiva y como realidad objetiva.

En sentido estricto, la legislación administrativa habla de servicio público para referirse a la actividad de prestación de bienes y servicios —que no implique el ejercicio de potestades soberanas—, de titularidad pública en virtud de una reserva legal hecha a favor de la Administración. El servicio público se contrapone así a las demás formas de actividad administrativa; en concreto, a las de policía, fomento y gestión industrial¹⁸. La noción de servicio público en sentido estricto exige una reserva legal de la actividad a favor de la Administración pública; esto es, que se haya declarado expresamente por ley que la actividad de que se trata queda asumida por el Estado como propia, pasando a ser de su exclusiva titularidad (*publicatio*). Se presta, bien por el Estado —gestión directa—, bien por otros sujetos de una manera instrumental —gestión indirecta, entre cuyas modalidades sobresale la concesión—.

En un sentido también formal, pero más amplio que el indicado, la legislación administrativa utiliza igualmente la noción de servicio público para referirse a las actividades de prestación material de bienes y servicios por la Administración pública —no necesariamente reservados legalmente en su favor—; en otros términos, este sentido comprende el servicio público estricto antes descrito y la actividad de gestión industrial, desarrollada por la Administración en una situación de monopolio de hecho o en concurrencia con sujetos privados. La radical diferencia existente entre este sentido y el primero indicado está en la inexistencia de una reserva legal de la titularidad de la actividad prestada a favor de la Administración.

La legislación administrativa emplea también la expresión servicio público en un tercer sentido. En concreto, lo identifica con cualquier actividad administrativa; esto es, con el giro o tráfico propio de las Administraciones públicas. Este uso surgió en el siglo XIX, a semejanza del derecho francés, como criterio de delimitación de los asuntos que correspondían a la jurisdicción contencioso-administrativa. Es el que informa el tenor del artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector

público («*funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos*»). Así lo han puesto de manifiesto la doctrina y la jurisprudencia unánimemente¹⁹.

Debe observarse que en los tres sentidos citados el elemento subjetivo es primordial para delimitarlos; la titularidad y, en su caso, la prestación por parte de la Administración pública se erigen en definidores de sus respectivos alcances.

Junto a los sentidos expuestos, con perfiles más amplios y difusos, la legislación administrativa utiliza finalmente la expresión servicio público para referirse a cualquier actividad privada, bien normada con especial intensidad, bien intervenida por los poderes públicos, bien sujeta a reglas jurídicas exorbitantes respecto del derecho común, bien de interés general —que viene a ser la resultante del conjunto de intereses privados—, bien de interés público —que es algo diferente a la mera suma de intereses privados y cuya determinación corresponde a la propia Administración—. Dentro de este sentido, quedan comprendidas actividades de índole diversa, calificadas de manera variada: simplemente privadas de interés público, privadas intervenidas, servicios públicos virtuales, indirectos, de interés general, de interés económico general, ejercicio privado de funciones públicas, etc.

En este cuarto y último sentido, el elemento definidor relevante no es el subjetivo, la titularidad pública de la actividad —pues esta es privada—. No lo es que sea prestada por órganos o entidades públicas. Lo que define el concepto es la propia actividad; sus especiales características. En relación con estas actividades, la Administración no asume ni su titularidad, ni su prestación. Siguen siendo privadas. Pero tampoco adopta frente a ellas una postura de desentendimiento o de simple control de su ejercicio por los particulares —policía administrativa—; en otros términos, no se limita a desarrollar un mero papel de vigilancia de la actividad desarrollada —típica de la actividad policial—. Antes al contrario, la Administración la dirige, la disciplina, la encauza.

La variedad de sentidos de la expresión servicio público expuestos impide reducirlos a un único concepto e intercambiar sus nociones, pues claramente se colige de lo dicho que el uso de la expresión tiene alcances distintos según el sentido empleado.

En los tres primeros sentidos expuestos, el servicio público se vincula a la prestación de la actividad por entidades, órganos o sujetos integrados en la organización administrativa. Se habla entonces de servicio público en sentido subjetivo o propio para agruparlos. El dato de la integración en la organización administrativa del sujeto prestador de la actividad es básico para definir el concepto en estos casos.

Sin integración del prestador, no puede hablarse de servicio público propio. La integración comporta la existencia de unas potestades directiva y organizatoria de la Administración pública sobre el prestador y sobre las actividades prestadas. Potestades que se concretan en un poder de control de

admisión de los sujetos interesados en llevarlas a cabo; en un poder de organización del servicio; en un poder permanente de inspección, supervisión y sanción y, en fin, en un poder reglamentario sobre la actividad; poderes todos ellos que cercenan severamente el margen de libertad de actuación del gestor.

No ocurre lo mismo en el caso del último de los sentidos expuestos, en el que la actividad privada, de especial relevancia, es prestada por sujetos privados. La ausencia de titularidad pública de la actividad lleva a hablar en estos casos de servicio público en sentido objetivo o servicio público impropio.

Se califican así como servicio público actividades privadas en atención a diversas circunstancias —su especial regulación, su finalidad, la satisfacción de necesidades públicas—. Debe insistirse en que, ni son públicas, ni su prestador está integrado en la organización administrativa. Se trata de actividades privadas especialmente intervenidas, o de especial interés público o general, o sujetas a reglas exorbitantes conforme al derecho común. Los casos son innumerables (desde los taxis y las farmacias hasta los organismos de control autorizados en el ámbito de la legislación industrial).

Notas comunes a estas actividades privadas son tener por objeto la satisfacción de necesidades colectivas; estar destinadas al público en general; prestarse por los particulares autónomamente, previa una concreta legitimación para ello conferida por la Administración, y quedar sujetas a un permanente control por parte de los poderes públicos.

El acto legitimador o habilitante para desarrollar la actividad instaura una relación jurídica de tracto sucesivo entre la Administración y el prestador de la actividad. Por mor de esta relación, la Administración lo vigila, controla y dirige de manera continua. En este acto legitimador está la diferencia de estas actividades privadas de interés público y las simples actividades privadas. En el caso de estas últimas, es muy frecuente que su ejercicio se someta a la obtención de una previa autorización administrativa, pero el alcance de esta se limita al momento de su inicio. La Administración se desentiende posteriormente de cómo se lleva a cabo ese ejercicio.

Las actividades de interés público, pese a ser calificadas de servicio público, son privadas prestadas por particulares, encaminadas a satisfacer necesidades colectivas y, en ocasiones, pueden llevar aparejadas el ejercicio de funciones públicas, en todo o parte de su quehacer, en virtud de una habilitación administrativa.

2. TÍTULOS HABILITANTES PARA EL EJERCICIO DE LAS ACTIVIDADES CALIFICADAS COMO SERVICIO PÚBLICO: LA ADMISIÓN

La prestación de las actividades calificadas como servicio público propio o subjetivo se puede llevar a cabo directamente por la Administración titular

(*gestión directa*) o mediante colaboradores (*gestión indirecta*), habilitados por títulos otorgados por aquella. Estos títulos generan en los colaboradores un derecho a explotar el servicio que tiene carácter derivado, dimanante de la titularidad pública. El más característico es la concesión de servicios, aunque existen otros —la delegación, la autorización de funcionamiento—. Por su virtud, la Administración les transfiere el ejercicio de una actividad pública de su exclusiva titularidad.

En el caso de las actividades privadas calificadas como servicio público en sentido objetivo o impropio, también el prestador precisa de una habilitación administrativa para llevarlas a cabo pero tiene perfiles diferentes a los propios de la gestión indirecta.

Esta habilitación no es una concesión por virtud de la cual se transfiere a su titular el ejercicio de una esfera o actividad de titularidad administrativa; ni una autorización de policía por virtud de la cual la Administración permite el ejercicio de un derecho propio del ejerciente, previa valoración de su oportunidad en el momento de su otorgamiento. Tampoco es una dispensa por mor la cual se dispone la exención de la aplicación de una norma; ni, en fin, una simple licencia, es decir, un acto de comprobación de que se cumplen los requisitos exigidos por la norma para la realización de la actividad.

La habilitación propia de este tipo de actividades determina la ampliación de la esfera jurídica del particular en un ámbito que, en principio, no le pertenece. En su virtud, puede ejercer una actividad privada, bien de especial relevancia pública, bien que lleva aparejada el ejercicio de determinadas funciones públicas.

La habilitación reviste, de ordinario, dos modalidades:

a) Bien la autorización *ut facias*, que gesta una relación duradera entre el particular y la Administración por virtud de la cual esta queda habilitada para conformar la organización y la gestión del prestador a fin de adecuarla a las exigencias de necesidad pública que deben atenderse. Se coloca entonces al prestador en una situación análoga a la del concesionario.

b) Bien la admisión²⁰, que es la que interesa a los efectos de la cuestión examinada.

La admisión es un acto habilitante por el que un particular se incorpora a un cierto *status*, con la sujeción a la consiguiente regulación. El *status* puede ser variado: desde la integración en un colegio profesional hasta el establecimiento de una relación de cierta vinculación permanente —no plena— con las Administraciones públicas. El contenido de la posición jurídica en que la admisión sitúa al particular puede comportar solo el ejercicio de un derecho o, además, el de funciones públicas que le son atribuidas específicamente.

De ordinario, mediante la admisión no se accede solo a un derecho a realizar determinadas actividades, sino que se asume un auténtico deber —o al menos, derecho-deber— de llevarlas a cabo, señalando la Administración los niveles cuantitativos y cualitativos de ejercicio y cumplimiento. En el desenvolvimiento de su actividad, el admitido al *status* goza de un mayor o menor margen de libertad y discrecionalidad para organizarla y desarrollarla, si bien esa libertad aparece limitada por su obligación de sujetarse a determinadas reglas de intervención y control establecidas y ejercidas por la Administración de manera continua, duradera, en todo tiempo.

La admisión se erige así, no en un acto que remueve el obstáculo legal que impide al particular el ejercicio de un derecho preexistente —como en el caso de la autorización— sino que es un título jurídico creador de un derecho a su favor que lo legitima para actuar en una esfera antes vedada. Pero, frente al concesionario que ejerce lo que no le es propio sino que pertenece a la Administración, el admitido ejerce un derecho propio creado *ex novo* por un acto de la Administración. Mediante la admisión, se ha dicho, la Administración genera una titularidad originaria a favor del particular, porque el ordenamiento le ha confiado el «control del paso del particular, desde la genérica posibilidad que le confería su autonomía, a la concreta posición jurídica desde la que va a operar en la actividad de que se trate»²¹. Se trata pues de un acto de eficacia constitutiva que habilita a un particular para ejercer una actividad privada y, en ocasiones, funciones públicas. Pero, ni se trata de un acto de transferencia de una función pública que corresponde en exclusiva a la Administración, ni transforma la actividad privada en pública.

El admitido a un determinado *status* queda inserto en una relación jurídica en la que no se ve sometido solo a los tradicionales poderes de policía administrativa sino a unas potestades específicas, concedidas por el ordenamiento, a favor de la Administración que las ejerce de manera continua; a unas potestades de supervisión e inspección de ejercicio duraderas. Y si bien lo sitúan en una relación de especial vinculación respecto de esta por razón de la actividad de interés público desarrollada²², ello no comporta que la actividad prestada sea de titularidad pública. La admisión, por otra parte, no es solo un título habilitante para desarrollar una actividad jurídicamente lícita; impone al admitido la carga de llevarla a cabo, como un auténtico deber.

De todo lo expuesto, debe concluirse que la admisión crea a favor del particular admitido el derecho a ejercer una actividad privada, no pública, y lo sitúa en un *status* vinculado con la Administración y aun conformado por ella, pero ajeno a su organización administrativa, de tal suerte que no pasa a integrarse en ella. En otros términos, lo ubica en su esfera de influencia pero no lo absorbe. Y esto es relevante porque, de una parte, lo hecho por

el admitido se le imputa exclusivamente a él y no a la Administración y, de otro lado, no está en relación jerárquica respecto de esta sino en relación de supremacía.

3. CONCEPTO ESTRICTO Y FUNCIONAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO. JERARQUÍA Y SUPREMACÍA. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. EL ÓRGANO ADMINISTRATIVO COMO HAZ DE COMPETENCIAS. LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS: CLASES DE ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN; LOS ACTOS DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE DERECHO PRIVADO

Los criterios que defienden la aplicación del régimen de responsabilidad pública a los daños causados por los registradores en el ejercicio de sus funciones invocan para justificarse el carácter de funcionario público, la índole de órgano administrativo del Registro y la naturaleza también administrativa de la actividad registral.

Se hace preciso pues delimitar ese concepto para verificar la corrección de la fundamentación alegada.

A) Concepto estricto y funcional de funcionario público

La noción de funcionario público tampoco es unívoca. Sobre la base de un concepto básico, el ordenamiento desgrana una amplia panoplia de otros, funcionales; es decir, de conceptos que lo definen a determinados efectos o en determinados ámbitos de actuación.

La noción básica de funcionario la ofrece el artículo 9 del texto refundido de Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre. Previene este que «son funcionarios de carrera quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente».

A la vista del precepto, se ha señalado que las características definidoras del concepto básico o estricto de funcionario son: estar nombrado legalmente; estar vinculado a una Administración pública mediante una relación permanente, de índole estatutaria, sometida al derecho administrativo —no por una relación laboral—; tratarse de una relación establecida para la prestación de servicios profesionales y percibir las correspondientes retribuciones por los servicios prestados con cargo a los presupuestos públicos. Además, se ha puesto de manifiesto que, en la relación funcional

estricta, la vinculación del funcionario con la Administración comporta su integración en la organización administrativa como uno de sus elementos y, en consecuencia, su sujeción a la regla de la jerarquía.

A partir de esta noción, el ordenamiento ha construido otros conceptos de funcionario; los antes llamados funcionales. En ellos, la presencia e intensidad de las características señaladas se modula. Se ha hablado así de una escala de funcionarización de la relación que liga al personal con la Administración pública. En uno de los extremos de la escala está el concepto básico o propio de funcionario expuesto. En el opuesto, el concepto más lábil, el penal, contenido el artículo 24.2 del Código Penal, que dispone que «se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas», de tal suerte que lo que lo define es su participación en el ejercicio de funciones públicas, faltando todas las demás características antes enunciadas.

Entre ambos, existen otras relaciones calificadas de funcionariales con características distintas cada una de ellas. Los casos son numerosos. Baste como botón de muestra la cita de dos: Se califican sin violencia como funcionarios públicos, a los interinos o eventuales, pese a faltarles el elemento de la permanencia; o al personal de entidades públicas empresariales, pese a regirse su relación de servicio por el derecho laboral y no por el administrativo.

Una de las situaciones jurídicas que el ordenamiento califica de funcional, ubicable en un punto medio de la escala antes citada, es la propia de quienes, con carácter adicional a su actividad privada, ejercen funciones públicas, bien de manera permanente —como es el caso del notario o registrador—, bien de forma episódica o esporádica —el capitán de buque o el comandante de aeronave—. La calificación funcional se limita a determinados efectos y parcelas de su actividad, fijados por la legislación. El así definido como funcionario se erige en un colaborador de la Administración en tanto ejerce funciones públicas y se sitúa en situación de vinculación con ella solo en relación con las actividades calificadas como públicas. No obstante, conserva su carácter de sujeto privado. De ahí que, ni se integre en la organización y estructura administrativa, ni quede sometido a una relación de jerarquía. En el ejercicio de su función pública, queda vinculado con la Administración pública mediante una relación de supremacía.

B) Jerarquía y supremacía

Una de las notas características del funcionario *stricto sensu* es su integración en la Administración y, por ende, su sujeción al principio de

jerarquía. Frente a ello, quienes, aún siendo calificados por el ordenamiento como funcionarios, no se integran en la estructura administrativa —como es el caso de quienes adquieren su *status* por admisión—, se vinculan con la Administración mediante una relación de supremacía.

La jerarquía se ha definido tradicionalmente como la agrupación de oficios administrativos, dispuestos a modo de pirámide, que se comporta como un todo²³. Las directrices para el desenvolvimiento de la actividad descienden desde el superior al inferior, desde el vértice a la base, lo que impide cualquier desviación de los órganos inferiores al desarrollar de sus actividades²⁴. La relación jerárquica se establece sobre la base de una distribución de funciones de mayor a menor. En ella hay dos posiciones, una de superioridad y otra de dependencia. En virtud de su posición, el órgano superior puede predeterminar, sustituir y dejar sin efecto en cualquier momento la voluntad del inferior, de tal suerte que esta tiene una eficacia jurídica debilitada, de provisionalidad en tanto aquel puede modificarla o sustituirla. A resultas de ello, el órgano superior asume la total responsabilidad de lo hecho por el inferior.

La existencia de una relación de jerarquía comporta la atribución al superior de un poder de dirección sobre el inferior que se concreta en la posibilidad de impartirle, bien instrucciones concretas en relación con un determinado asunto (órdenes), bien instrucciones generales (instrucciones y circulares); de un poder de control, de fiscalización de su actividad; de un poder de revisión de sus actos, esto es, de dejarlos sin efecto, tanto por razones de legalidad como de oportunidad; y de un poder de modificación del contenido de su competencia, asumiendo las que le corresponden (avocación) o transfiriéndole las propias (delegación).

Respecto del inferior, la relación de jerarquía comporta el deber de obediencia, de tal suerte que no puede sustraerse a las órdenes que le son impartidas.

Los funcionarios funcionales, por el contrario, no están sujetos a una relación de jerarquía sino de supremacía. Esta es distinta de la jerarquía. Se da entre quienes no están en situación jurídica de estricta dependencia, sin perjuicio de apreciar entre ellos una ligazón no igualitaria. Ambos sujetos u órganos tienen competencias distintas. En virtud de la ligazón que les vincula, un órgano, el preeminente, puede limitar el ámbito de discrecionalidad del otro al ejercer su competencia, pero no mediante órdenes concretas, sino solo proporcionándole criterios generales a observar con ocasión de decisiones o actuaciones futuras. El criterio del preeminente puede llegar a ser vinculante pero va plasmado en un *standard* orientador de la conducta futura del dependiente. Este tiene siempre un margen de discrecionalidad para apreciar las circunstancias concurrentes en el caso a la hora de adoptar su decisión, aplicando el criterio recibido con las modulaciones que considere

convenientes. En cierta medida, el criterio, el tiempo y el modo de ejercicio de la competencia del dependiente pueden quedar predeterminados por las directrices del órgano preeminente pero siempre hay dos límites:

a) El órgano preeminente no puede sustituir la voluntad del órgano subordinado, imponiendo la propia en el ámbito reservado por la norma a favor de aquel. La voluntad jurídicamente relevante es la del dependiente; es la que se manifiesta y a la que se imputan las consecuencias jurídicas, sin que quepa alterar este hecho. Por ello, el preeminente no puede —al contrario que en la jerarquía— avocar para sí la decisión.

b) El órgano preeminente no puede predeterminar *in toto* la voluntad del subordinado. Este ejerce una competencia propia. Puede orientarla o condicionarla desde arriba pero no puede ni sustituirla, ni absorberla.

El deslinde entre el concepto básico y los funcionales de funcionario, unas veces, es claro y cierto; en otras ocasiones, arduo y confuso. Indicio que permite realizar *prima facie* la delimitación es el propio lenguaje legal. En el caso del funcionario *stricto sensu*, las disposiciones legales previenen que *son* funcionarios; en los restantes supuestos, esas mismas disposiciones emplean los términos tales como *se consideran*, *se equiparan*, *se asimilan*, *tienen el carácter* u otras expresiones análogas para evidenciar que no son propiamente funcionarios sino que participan de su naturaleza en alguno o algunos de sus caracteres²⁵.

C) *Funcionarios públicos y régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*

La calificación como funcionario público, en toda su extensión, no comporta indeclinablemente la aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial a todas las actividades desarrolladas por quienes reciben tal *nomen*.

La aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial previsto en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, solo es aplicable a los daños causados por funcionarios que quedan integrados en la organización y estructura administrativa. Los imputables a quienes no lo hacen, se excluyen de dicho régimen. Un examen de la legislación así lo acredita.

En efecto, el régimen de indemnización de los daños causados por los funcionarios públicos se rigió inicialmente por el artículo 1903 del Código civil y la Ley de 5 de abril de 1904, que consagraban la responsabilidad civil de los empleados públicos. El establecimiento de un sistema de responsabilidad objetiva como mecanismo de indemnización de los daños causados por la Administración, operado por los artículos 121 de la Ley de Expropiación

Forzosa de 16 de diciembre de 1954 y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de diciembre de 1957, no comportó la desaparición de la posibilidad de exigir al funcionario causante del daño su responsabilidad en vía civil. Esta se quiso suprimir —dejando exclusivamente la de la Administración— con la Ley 30/1992, de 16 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común, si bien la renuencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo a observar sus previsiones, motivó que, con ocasión de su reforma —operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero— y de la Ley Orgánica del Poder Judicial —llevada a cabo en las mismas fechas—, se derogara la Ley 5 de abril de 1904 y se estableciera la imposibilidad de accionar en vía civil contra el funcionario público integrado en la organización administrativa en reclamación de daños causados con ocasión de su actividad. Se produjo entonces una depuración del ordenamiento jurídico a fin de abrogar los preceptos concordantes con la ley de 1904 que pudieran amparar pretensiones encaminadas en ese sentido.

En ese proceso de depuración, solo se mantuvieron las previsiones legales que permiten accionar contra todos los funcionarios por responsabilidad civil derivada de delito (Código Penal, art. 121) y las relativas a quienes ejercen funciones públicas no estando integrados en la estructura administrativa. Claro ejemplo de esta última situación es la pervivencia del artículo 296 de la Ley Hipotecaria, que no ha sido ni derogado, ni modificado.

Así las cosas, la calificación como funcionario público de un sujeto no comporta ineluctablemente la aplicación del régimen público de responsabilidad patrimonial a los daños derivados de su actuación. Esta solo deviene obligada en el caso de que se trate de un funcionario público en sentido estricto; esto es, que participe de todas las condiciones señaladas en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público y que, por ende, esté integrado en la estructura administrativa.

D) El órgano administrativo como haz de competencias

Otra de las afirmaciones que sirve de sustento para predicar la aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración a los causados por los registradores es la de que el Registro de la Propiedad es un órgano administrativo y su titular, el registrador.

La noción de órgano se concibió para explicar la actuación de las personas jurídicas a través de personas físicas²⁶. Se articuló para dar respuesta al problema de la imputación a entidades morales de actuaciones hechas por individuos.

La noción de órgano es ajena al sujeto individual, a la persona física. Se formuló inicialmente desde un punto de vista subjetivo para sufrir luego

un proceso de objetivación y abstracción. En sus orígenes, el agente de la persona jurídica era su representante, de tal suerte que se consideraba que había dos voluntades, la del representado y la del representante. Después, se abandonó este planteamiento y se conformó la teoría del órgano en la que solo hay una voluntad, la de la persona jurídica, si bien se exterioriza a través del órgano. Finalmente, se desbordó este planteamiento puramente subjetivo y se adicionó un elemento de índole objetiva. El órgano devino así un haz de atribuciones y tareas correspondientes a una entidad, desenvueltas por un titular, persona física, legitimada para actuarlas y que cuenta con un soporte material para ello — que es de titularidad de la entidad—.

El elemento definidor primordial del órgano administrativo es el conjunto de atribuciones encomendadas. Hay órgano cuando hay competencias atribuidas, siendo su titular y los medios materiales meros instrumentos para su realización efectiva. En él, el titular expresa una voluntad no propia sino de la Administración y se sirve de los medios materiales y personales puestos a su disposición por la Administración que es quien los organiza, sustenta y financia.

E) Las actuaciones administrativas: clases de actos de la Administración; los actos de administración pública de derecho privado

También quienes preconizan la aplicación del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración a los daños irrogados a los particulares por los registradores invocan como justificación para hacerlo la índole administrativa de la actuación registral. Se dice que «es obvio que la actividad registral es siempre por definición una actividad objetiva y subjetivamente administrativa, que versará en ocasiones, las más numerosas, sobre la aplicación del Derecho Privado y en otras, las más escasas, sobre Derecho Administrativo»²⁷.

Bajo la denominación de actuaciones administrativas, se engloban dos de diferente índole: las materiales y las jurídicas. Las jurídicas se concretan en actos de la Administración. Son actos de la Administración los que, sin perjuicio de precisar otros requisitos irrelevantes a los efectos de esta exposición, proceden o se adoptan por una Administración pública, tras seguirse un procedimiento administrativo y se sujetan, en lo tocante al fondo, bien al derecho administrativo, bien al derecho privado.

La combinación de los requisitos señalados permite distinguir en la categoría de los actos de la Administración dos especies:

a) *Los actos administrativos*. Precisan la concurrencia de tres requisitos: (i) el dictarse por una Administración pública, (ii) tras seguirse un procedimiento administrativo regulado en normas de este carácter y (iii) regirse por el derecho administrativo en lo tocante al fondo del asunto sobre el que

versan. Se impugnan —por razones de competencia, de procedimiento o de fondo— siempre ante la jurisdicción contencioso-administrativa de acuerdo con lo establecido en el artículo 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de junio, del Poder Judicial («*los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzca en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo*»), pues todos sus aspectos están sometidos a este ordenamiento.

b) Los *actos privados de la Administración*. Son aquellos que (i) se adoptan por una Administración pública, (ii) tras seguirse un procedimiento administrativo, (iii) y se rigen por el derecho laboral o privado en lo tocante al fondo del asunto sobre el que versan. Se impugnan ante la jurisdicción contencioso-administrativa si la pretensión se basa en razones de competencia o de procedimiento —porque estas materias se rigen por el derecho administrativo— o ante las jurisdicciones ordinaria y laboral cuando las pretensiones se formulan en relación con el tema de fondo.

Estos son los actos de la Administración, pues solo ellos proceden —directa o indirectamente a través de vicarios— de ella. Y solo son administrativos los primeramente citados pues son los únicos que se someten íntegramente al derecho administrativo (Ley Orgánica del Poder Judicial, art. 9).

Junto a los actos de la Administración, se ha acuñado doctrinalmente otra categoría: los denominados *actos de administración pública de derecho privado*. Son aquellos que (i) se adoptan por quienes ejercen funciones públicas o de interés público, (ii) tras seguirse un procedimiento no declarado formalmente administrativo, (iii) y se rigen por el derecho privado en lo tocante al fondo del asunto sobre el que versan. Es una categoría cuestionada hasta el punto de ser negada por muchos.

Estos actos de «administración pública» en sentido objetivo —de ahí que caligráficamente se emplee la minúscula para referirse a ellos—, no son dictados necesariamente por sujetos públicos o vicarios administrativos sino también por privados. Tienen relevancia y efectos públicos pero no pertenecen propiamente a las Administraciones públicas. En modo alguno, pueden calificarse de administrativos, ni por el procedimiento seguido para su adopción, ni por el derecho que disciplina el fondo o materia sobre la que versan. Los casos de este tipo de actos son numerosos. Han cobrado especial importancia con el derecho europeo pues son frecuentes los casos contemplados en las regulaciones de la Unión Europea. Entre ellos se pueden citar los notariales, los dictados por entidades con forma jurídico-privada, pertenecientes al sector público, que tienen la condición de poderes adjudicadores-no Administraciones públicas en las fases internas de los procedimientos de contratación pública; los dictados por entidades con forma jurídico privada, no pertenecientes al sector público e incluidos en el ámbito de Real Decreto Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes

por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública; los dictados por el Coordinador de franjas horarias aeroportuarias, regulado por Real Decreto 20/2014, de 17 de enero, etc. Entre ellos han de incardinarse los adoptados por el registrador de la propiedad.

No distinguir entre las categorías expuestas y reducirlas a un concepto unitario, lleva a hacer calificaciones erróneas. Solo son actos de las Administraciones públicas los que tienen a ellas por autoras. Los que no lo son tienen, eventualmente y a determinados efectos, la *consideración* de actos de la Administración. Pero esta última circunstancia no permite calificar la actividad en cuyo seno se dictan como administrativa y, menos aún, concluir que les resulta aplicable el régimen de responsabilidad patrimonial cuando de ellos se derivan daños.

IV. CARACTERIZACIÓN DEL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD Y DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. CARACTERIZACIÓN GENERAL DEL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD

El sistema registral —inmobiliario, mercantil y de bienes muebles— está encomendado a los registradores. Estos son, al tiempo, funcionarios públicos del Estado (Ley Hipotecaria, art. 274 y Reglamento Hipotecario, art. 536 y sigs.) y profesionales del derecho. Ese carácter dual está reconocido en la exposición de motivos del Real Decreto 483/1997, por el que se aprueban los Estatutos del Colegio de Registradores al decir que «los Registradores de la Propiedad y Mercantiles tienen el doble carácter de funcionarios públicos y de profesionales del Derecho, unidos de manera indisoluble»; en la jurisprudencia constitucional (Sentencias del Tribunal Constitucional 97/1989, de 11 de mayo y 207/1999, de 11 de noviembre) y en la doctrina científica (entre otros, LA-CRUZ BERDEJO, CHICO ORTIZ y GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA).

Los registradores se rigen por su legislación específica (Ley Hipotecaria y disposiciones concordantes y de desarrollo). No les resulta de aplicación la legislación general de los empleados públicos, sino cuando la suya propia así lo establece (Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, art. 4.f).

Como profesionales, los registradores ejercen sus funciones bajo su exclusiva responsabilidad en equivalencia con los profesionales liberales. Organizan y gestionan sus oficinas bajo su cuenta y riesgo, como auténticos empresarios (GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA). Son empleadores del personal que presta sus servicios en ellos. Asumen el riesgo de la explotación económica del servicio, lo sustentan y financian.

Como funcionarios, adquieren su condición tras un nombramiento de la Administración una vez superada la correspondiente oposición. Están sometidos a un régimen estatutario singular, que les impone la obligación de colegiarse en una corporación profesional. Ni se incorporan a la Administración, ni están sujetos a sus instrucciones en el ejercicio de sus funciones, ni en fin perciben sus retribuciones con cargo a los presupuestos generales del Estado. Ejercen su función primigenia, la calificadora, con absoluta independencia y bajo su exclusiva responsabilidad (Ley Hipotecaria, artículo 18).

Los registradores constituyen un caso de ejercicio privado de funciones públicas, pues desarrollan una actividad privada —la relativa a la publicidad inmobiliaria—, reconocida como de interés público por el Estado, sin integrarse en su organización burocrática y desempeñándola con carácter profesional. El reconocimiento de su interés público por el Estado comporta su calificación como función pública pero no su entera publicación. Los registradores no actúan como órganos estatales sino como colaboradores de la Administración, pues, si bien ejercen actividades de especial interés público, se deja en sus manos su desenvolvimiento.

En su relación con los particulares, la posición del registrador se caracteriza por la concurrencia de elementos de derecho público y de derecho privado. Con su nombramiento y adquisición de su *status*, hace suyo el derecho a ejercer su actividad, pero al tiempo deviene obligado a hacerlo. El particular que solicita sus servicios establece con él una relación jurídica privada —contractual o no según los autores—, abonándole un precio privado.

Con las mimbres expuestas, procede a continuación examinar si la calificación del Registro de la Propiedad como servicio público, del registrador como funcionario público y de la función registral como actividad administrativa hecha por la doctrina y la jurisprudencia para sustentar la aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas a los daños causados por el registrador de la propiedad en el ejercicio de sus funciones es adecuada. Y la aplicación de lo dicho, lleva a conclusiones claras.

2. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD NO ES UN SERVICIO PÚBLICO PROPIO. EL REGISTRADOR EJERCE PRIVADAMENTE UNA FUNCIÓN PÚBLICA INCARDINABLE EN EL CONCEPTO IMPROPIO DE SERVICIO PÚBLICO. IMPERTINENCIA DE LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS A LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS REGISTRADORES EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES

Se ha expuesto que los múltiples conceptos de servicio público son reductibles a dos categorías: una noción primordialmente subjetiva (*servicio*

público propio) definida por la prestación de la actividad por la Administración pública —directa o indirectamente a través de concesión—; y una noción objetiva, referida a actividades privadas de interés o relevancia pública, sujetas a un régimen especial de intervención administrativa (*servicio público impropio*).

El Registro de la Propiedad no es incardinable en el concepto de servicio público propio. No lo es en su noción estricta, pues ni hay una *publicatio*, esto es, una declaración legal expresa que así lo califique, ni los registradores son concesionarios. La caracterización del Registro de la Propiedad como servicio público propio es meramente doctrinal, fruto de la especulación teórica, y carente de un sustento legal. Para calificar una actividad como servicio público —que comporta la asunción de su titularidad por parte de la Administración pública— se requiere constitucionalmente la existencia de una norma de rango legal que lo disponga (Constitución, art. 128.2) y, en el caso considerado, no existe.

Tampoco cabe incluir el Registro en el segundo sentido antes expresado del concepto de servicio público, pues la actividad registral no puede incluirse entre la propia de la gestión industrial de la Administración.

No es posible, por otra parte, incardinar el Registro en el giro o tráfico de la Administración, pues la función registral versa sobre relaciones y materias jurídico privadas, ajenas a la actuación de aquella.

Y, en fin, el Registro de la Propiedad no es un servicio público propio por cuanto no queda integrado en la organización administrativa. Es ordenado y gestionado por el registrador de la propiedad de manera autónoma.

Por el contrario, el Registro de la Propiedad puede calificarse sin violencia de servicio público impropio, que se refiere a actividades de interés público o de interés general.

El registrador de la propiedad desarrolla una actividad privada, que lleva inherente el ejercicio privado de determinadas funciones públicas. No procede examinar los orígenes y evolución de la actividad del registrador y su configuración jurídica. Está hecho por destacada doctrina desde hace años. Baste en tal sentido citar las consideraciones formuladas por CHICO Y ORTIZ²⁸, LACRUZ BERDEJO²⁹, YZQUIERDO TOLSADA³⁰, BALLESTEROS ALONSO³¹ —siguiendo las orientaciones de ZANOBINI³², ALESSI³³ y LUCIFREDI³⁴— que han desmenuzado pormenorizadamente su configuración histórica y legal. Todos ellos han puesto de manifiesto que el registrador es un sujeto privado auxiliar de la función pública, que ejerce su actividad profesionalmente y que actúa en provisión de un fin o interés público. Su actividad, privada adquirió con el devenir un significado especial, lo que motivó la intervención de los poderes públicos con extraordinaria intensidad, sin que ello haya transmutado la naturaleza de su quehacer. Todos, además, han resaltado que

el registrador, ni se integra en la organización administrativa, ni tiene la condición de concesionario.

Pues bien, como se señaló anteriormente, solo cuando la calificación de una actividad como servicio público va acompañada por la integración de su prestador en la organización administrativa resulta incluida en el ámbito del artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Este precepto se refiere al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos como hecho generador de la lesión resarcible. La expresión servicios públicos empleada por el precepto ha sido interpretada en sentido amplio por abundantísima jurisprudencia, identificándola con la acción administrativa en su conjunto³⁵. Ahora bien, no obstante esa amplitud, la expresión viene delimitada por la integración en la organización administrativa del gestor de la actividad pública. Sin ella, no entra en juego el sistema de responsabilidad patrimonial pública. Así, al faltar, «no imputan su actividad dañosa a la Administración lo concesionarios, los contratistas administrativos y, en general, los profesionales que ejercitan privadamente funciones públicas»³⁶. Lo hacen a ellos mismos.

La falta de integración del registrador en la estructura administrativa impide pues incluirlo en el concepto del servicio público definido por la expresión «giro o tráfico de la Administración» y en consecuencia, en el mentado artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre. Y la consideración de su actividad como servicio público impropio no es título ni bastante ni adecuado para hacerlo.

3. EL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD NO ES UN FUNCIONARIO PÚBLICO EN SENTIDO ESTRICTO. EL REGISTRADOR COMO FUNCIONARIO FUNCIONAL. SU NOMBRAMIENTO RESPONDE AL ESQUEMA DE LA ADMISIÓN ADMINISTRATIVA. INEXISTENCIA DE RELACIÓN DE JERARQUÍA ENTRE EL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA AL EJERCER SU FUNCIÓN. VINCULACIÓN ENTRE AMBOS INCARDINABLE EN LA RELACIÓN DE SUPREMACÍA

Se ha examinado con anterioridad la multiplicidad de conceptos de funcionario público existentes en nuestro ordenamiento jurídico, que van desde uno estricto, contemplado en el artículo 9 del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, hasta el más lábil y amplio del artículo 24.2 del Código Penal, jalonado entre ambos extremos por otros de distinto alcance (*conceptos funcionales*).

El artículo 9 del texto refundido de Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre,

previene «son funcionarios de carrera quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente». Y, como se dijo, a la vista del precepto, la doctrina ha señalado que las características definidoras del concepto básico o estricto de funcionario son: estar nombrado legalmente; estar vinculado a una Administración pública mediante una relación permanente, de índole estatutaria, sometida al derecho administrativo —no por una relación laboral—; tratarse de una relación establecida para la prestación de servicios profesionales y percibir las correspondientes retribuciones por los servicios prestados con cargo a los presupuestos públicos. Además, se ha puesto de manifiesto que, en la relación funcional estricta, la vinculación del funcionario con la Administración comporta su integración en la organización administrativa como uno de sus elementos y, en consecuencia, su sujeción a la regla de la jerarquía.

El artículo 274, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria dispone que los «Registradores de la Propiedad tienen el carácter de funcionarios públicos para todos los efectos legales». Ahora bien, esa calificación no comporta que sean incardinables en la noción estricta de funcionario público regulada por el ordenamiento jurídico por cuanto:

A) La propia terminología legal lo evidencia: frente al tenor del artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado público que dice que *son* funcionarios, el artículo 274 de la Ley Hipotecaria reza que *tienen el carácter* de funcionarios públicos. Y el empleo de estos términos no puede juzgarse arbitrario. Antes al contrario, el artículo citado trae causa de la legislación decimonónica en la que se perfilaron cuidadosamente y de manera precisa las nociones de *ser*, *tener la consideración de*, *estar equiparado a*, *tener el carácter de* o, en fin, *estar asimilado a* empleado público, para expresar situaciones diferentes.

B) No concurren en los registradores los requisitos definidos en el artículo 9 del Estatuto Básico del empleado público. Tienen un nombramiento legal y prestan servicios profesionales con carácter permanente. Incluso están vinculados con la Administración —pero no integrados—. Sin embargo, faltan en ellos los otros elementos definidores: ejercen su función con independencia, bajo su exclusiva responsabilidad; no están integrados en la organización administrativa por cuanto, como profesionales, organizan el servicio de manera empresarial; son empleadores de los trabajadores que prestan sus servicios en la oficina registral. Y, en fin, no perciben sus retribuciones de los presupuestos públicos.

La independencia jerárquica, la forma de remuneración y la finalidad de la intervención administrativa determinan el *status* funcional de los

registradores de la propiedad, que debe considerarse funcional, limitado, ceñido a un ámbito determinado: el propio de la función pública que ejercen.

En otros términos, la calificación de los registradores de la propiedad como funcionarios públicos tiene carácter limitado. Son funcionarios en la medida en que, con carácter adicional a su actividad privada, ejercen funciones públicas. La calificación se ciñe a determinados efectos y parcelas de su actividad; en concreto, al ejercicio de las citadas funciones públicas. Y, en relación con ellas, ni se integran en la estructura de la Administración pública, ni quedan sometidos a una relación de jerarquía con esta sino vinculados por una de supremacía.

El registrador de la propiedad es nombrado como tal por la Administración pública. Ahora bien, ese nombramiento tiene perfiles singulares. El nombramiento en sentido propio se predica de funcionario estricto *sensu*, por cuanto es el acto constituyente de una relación de servicio entre la Administración y la persona física, por virtud del cual esta queda integrada en la estructura administrativa y, por ende, sujeta en una relación de jerarquía.

El nombramiento del registrador de la propiedad responde, por el contrario, al esquema de la admisión antes descrito pormenorizadamente. La admisión, como se ha dicho, es un acto habilitante que constituye al admitido en un *status* preciso para el ejercicio de una profesión, que puede comportar el ejercicio privado de funciones públicas, como es el caso del registrador de la propiedad.

En virtud de su admisión o nombramiento y conforme con los criterios que la definen, el registrador de la propiedad queda habilitado —y obligado— para ejercer funciones públicas según unas reglas de actuación diametralmente opuestas a las observadas por quienes son funcionarios en sentido estricto. Ello se evidencia en la forma de ejercer su actividad.

La función pública registral primordial es la de calificación registral, que le encomienda el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. Dispone este precepto que

«Los registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro».

La calificación consiste en el examen por el registrador de la validez externa e interna del título presentado a inscripción antes resolver sobre su ingreso en el Registro y a este solo efecto; la decisión sobre si el hecho, del cual se solicita el asiento, llega al Registro con los requisitos exigidos para que sea registrable. Consiste, en fin, en una labor de censura rigurosa

de los títulos presentados a inscripción para evitar que tengan acceso al registro títulos inválidos o en los que se constituyan derechos ajenos a la protección registral.

A través de la función calificadora se hacen efectivos diversos principios hipotecarios; en especial, el de legalidad. El registrador califica el título que se le presenta para su inscripción bajo el prisma de este principio; comprueba que el título se ajusta a las leyes. La calificación versa sobre los aspectos formales y materiales —capacidad de los otorgantes, validez del acto o contrato— del título, pero la facultad del registrador de examinar los últimos, varía según la clase de documentos. Tiene distinto alcance según se trate de documentos notariales, documentos judiciales o administrativos.

La calificación se ejerce por los registradores bajo su exclusiva responsabilidad. Ello comporta, de una parte, que lo hacen de forma independiente, sin sujeción a instrucciones superiores, hasta el punto de no poder consultar al Centro Directivo a través del cual se relacionan con la Administración —en el caso del Estado, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública— las materias o cuestiones sujetas a su calificación. Y, de otro lado, que lo hacen con base en criterios estrictamente jurídicos, orillando cualquier valoración de oportunidad de los actos calificados.

El ejercicio de la función calificadora es obligatoria para el registrador. No puede excusarse de llevarla a cabo ni aún en el caso de que el mismo título haya sido anteriormente calificado en otro registro. Es personalísima, por cuanto ni puede delegarla en otra persona, ni puede consultar con la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (Ley Hipotecaria, artículo 273) a la hora de llevarla a cabo, ni este Centro Directivo puede avocarla para sí, sustituyéndolo en la formación de su decisión. Es independiente, pues se ejerce por el registrador sin que se le puedan dar órdenes o instrucciones concretas sobre cómo hacerlo. Ahora bien, esa independencia no está carente de límites. Esos límites son los derivados de la propia documentación presentada —debe ajustarse a los documentos presentados por los interesados—, de la ley, de los asientos del Registro que no están cancelados y eventualmente de los criterios, generales y orientativos, que pueda señalar la Administración para interpretar las normas jurídicas. Estos criterios no son órdenes individualizadas para el caso concreto. Son simples reglas orientadoras de la interpretación jurídica a llevar a cabo, que no le vinculan pues califica según su parecer.

En otros términos, el registrador de la propiedad está vinculado con la Administración en virtud de un nombramiento —*admisión*— hecho por esta, pero, ni se integra en ella, ni está sujeto a sus instrucciones y órdenes en el desempeño de sus funciones. No está inserto en una relación de jerarquía en lo que atañe a su actividad. Su posición y la de la Administración es incardinable, con naturalidad, en la relación de supremacía descrita antes

y que, como se dijo, es la propia de determinadas relaciones funcionariales de carácter funcional.

La labor registral, en general, y la calificadora, en particular, se han descrito de múltiples formas: manifestación de la jurisdicción voluntaria, ejercicio privado de funciones públicas, actuación de índole estrictamente civil, administración pública de derecho privado, actividad naturaleza materialmente administrativa pero sujeta a reglas especiales. Poco importan esas calificaciones que han dado lugar a una abundante literatura jurídica. Lo que debe resaltarse es que, no obstante su diversidad, hay un elemento común: la singularidad de la actividad del calificador, que la aleja de las reglas observadas por los funcionarios públicos incardinados en la estructura administrativa, sujetos siempre a las directrices de los superiores, a los criterios de ponderación de oportunidad y, aún, políticos de los máximos órganos rectores de la Administración.

La simple relación hecha de características de la labor de calificación pone de manifiesto que se acomoda con naturalidad con la situación estatutaria propia de las actividades de interés público antes descrita; en especial con la dimanante de la figura de la admisión y con la relación de supremacía, lo que aleja al registrador de la posición propia de los funcionarios típicos.

Se ha expuesto también antes que la mera calificación de una relación de servicio como funcional no comporta que los daños causados con ocasión de actuación sean incardinables en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Antes al contrario, solo la de quienes se integran en la estructura administrativa lo hace. El elemento de integración en la organización administrativa —a resultas de una relación de jerarquía— es primordial para su aplicación y, en el caso examinado, falta. Por consiguiente, los daños causados por los registradores no pueden ser solventados con base en el tan mencionado precepto.

4. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD NO ES UN ÓRGANO ADMINISTRATIVO. LAS FUNCIONES REGISTRALES ESTÁN ATRIBUIDAS EN EXCLUSIVA AL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD

Otro de los argumentos dados por quienes sostienen la aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial público a la actuación del registrador de la propiedad es que los daños son imputables, bien íntegramente al registro en cuanto órgano administrativo —del que es titular el registrador—, bien en unas ocasiones al registro y en otras al registrador —postura acogida por el Consejo de Estado en algunos dictámenes antes citados—.

El argumento es sin embargo cuestionable. Como se examinó, la noción de órgano se concibió para explicar la actuación de las personas jurídicas

a través de personas físicas. De la teoría del órgano reseñada, conviene retener dos extremos:

- a) En el órgano administrativo, solo hay una voluntad, la de la Administración pública, del cual aquel es un mero instrumento que la exterioriza.
- b) El órgano administrativo se define por la atribución de una serie de funciones o competencias y se inserta en la estructura jerárquica de la Administración pues esta es quien lo crea, organiza, provee, financia y sustenta económicamente.

A la vista de estas consideraciones, calificar el Registro como órgano resulta inadecuado. De una parte, las funciones registrales —en especial, la calificadora— están atribuidas por la Ley Hipotecaria al registrador de la propiedad y no a un órgano, inexistente, denominado registro. Las ejerce personalmente según dispone el artículo 18 del mismo cuerpo legal. Y lo hace sin posibilidad, ni de ser privado de su ejercicio por la Administración supervisora mediante la avocación a su favor, ni de encomendarlo a otros a través de los mecanismos de la delegación o encomienda de gestión. Y, de otro lado, el registro carece de competencias propias y, al no tenerlas, no puede ser calificado de órgano. No pasa de ser un soporte instrumental para que el registrador desarrolle su labor.

Pero es más, ni el registrador de la propiedad, ni el Registro —aún hipotéticamente considerado como órgano— pueden merecer el calificativo de órganos administrativos. Ni uno ni otro se integran en la estructura administrativa. Y la actuación del registrador de la propiedad no es atribuible o imputable a la Administración. Lo es al propio registrador de la propiedad que la ejerce bajo su exclusiva responsabilidad (Ley Hipotecaria, art. 18).

Consecuencia indefectible de lo dicho es que, al no tener el Registro —si es que tuviera la condición de órgano— y el registrador de la propiedad la condición de órganos administrativos no cabe imputar su actuación a las Administraciones públicas a los efectos del artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen del Sector Público.

5. LA FUNCIÓN REGISTRAL NO TIENE NATURALEZA ADMINISTRATIVA

La actuación registral debe considerarse jurídica y se concreta en actos adoptados por el registrador, único titular de las competencias legalmente encomendadas. Pero no puede calificarse de administrativa al no reunir las exigencias precisas por el ordenamiento para ello.

Los actos del registrador no son calificables de actos administrativos. Como se ha expuesto, solo merecen tal consideración, a la vista de los ar-

títulos 1.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de Jurisdicción Contencioso-administrativa y 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, los dictados por las Administraciones públicas sujetos al derecho administrativo tanto en lo tocante al fondo del asunto como al procedimiento seguido para su adopción.

Los actos dictados por los registradores de la propiedad no reúnen los citados requisitos: ni son dictados por órganos administrativos, ni su fondo se rige por el derecho administrativo —pues es civil—, ni el procedimiento seguido para su adopción tiene tal carácter.

Es palmario que los actos de los registradores, adoptados en el ejercicio de sus funciones de calificación y demás atribuidas por la ley, no pueden imputarse a la Administración pública pese a su condición de funcionarios pues no se integran en ella. Y lo es también que, en lo tocante al fondo, esos actos no se rigen por el derecho administrativo. Lo hacen por normas de derecho privado. Las calificaciones, las inmatriculaciones, las informaciones continuas, etc., versan sobre materias propias del derecho privado y se resuelven conforme a normas de esa naturaleza, no administrativas. Por consiguiente, no pueden calificarse de actos administrativos por faltar los requisitos de imputación subjetiva a la Administración, de adopción tras observarse un procedimiento administrativo y de regirse, en cuanto al fondo, por el derecho administrativo. De ahí que no puedan impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa sino ante los juzgados y tribunales del orden civil, según previene el artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Las construcciones encaminadas a configurarlos como actos administrativos, distinguiendo entre acto registral —el llevado a cabo por el registrador mediante un proceso comprobación y calificación del documento— y el acto registrado —el inscrito—, con dos naturalezas distintas —el primero, administrativo y el segundo, civil— carecen de fundamento³⁷. Ambos actos son hechura exclusiva del registrador de la propiedad y se adoptan en el seno de un mismo procedimiento; es más, el acto registrado es culminación o fruto de un procedimiento de calificación positiva, de tal suerte que no cabe escindirlos.

Tampoco los actos del registrador pueden calificarse de actos privados de la Administración pública por cuanto, ni proceden de esta, ni se adoptan tras seguirse un procedimiento administrativo.

Los actos de los registradores son incardinables entre los actos de administración pública de derecho privado. Dictados por particulares en el ejercicio de funciones públicas, ni el procedimiento seguido para su adopción, ni el derecho aplicable al fondo, son administrativos. Antes al contrario, se rigen por el derecho privado. Como tales actos de administración pública de derecho privado *tienen la consideración* de actos de la Administración a

unos determinados y particulares efectos señalados por la ley; en concreto, a los efectos de su eventual recurso ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. Fuera de ello, no hay un ápice de administrativización en su conformación, de tal suerte que no puede afirmarse su naturaleza administrativa.

La posibilidad de revisión de las calificaciones por la Dirección General del Ministerio de Justicia no comporta la administrativización de la función registral. La Administración pública interviene ejercitando unas competencias que, si bien no son arbitrales, participan en cierta medida de ese carácter. Lo hace en una discrepancia existente entre dos particulares —el registrador y el solicitante de la inscripción— por razón del interés público subyacente en la actuación registral. Este fenómeno se da en otros muchos ámbitos (la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones en materia de seguros, el Banco de España en relación con las entidades financieras, la Secretaría de Estado para la agenda digital en materia de comunicaciones, las Juntas Arbitrales de Consumo o de Transporte...), sin que ello altere la naturaleza privada de las actividades concernidas.

En consecuencia, al no estar sujetos los actos de administración pública de derecho privado al derecho administrativo, su invocación tampoco puede servir para justificar la aplicación del sistema de responsabilidad patrimonial pública en el caso de daños derivados de la actuación de los registradores de la propiedad.

V. CONCLUSIONES: INAPLICABILIDAD DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS A LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD

Los registradores de la propiedad son profesionales que aúnan el ejercicio de una actividad privada y una función pública. Las condiciones de ejercicio de esta última requieren la utilización de potestades administrativas. Pero este ejercicio no transforma al registrador de la propiedad en un funcionario público típico. Antes al contrario, conserva su carácter de profesional, aún sometido a una reglamentación legal específica y una intensa intervención administrativa.

La configuración de los registradores de la propiedad y de la actividad registral en los términos citados comporta su sujeción a las reglas de derecho privado, sin perjuicio del establecimiento de un régimen peculiar de impugnación de sus actos —recurso gubernativo frente a los recursos administrativos ordinarios—. En consonancia con su carácter de profesionales del derecho, en materia de responsabilidad, el régimen de indemnización de

los daños causados a resultas de su actividad es el civil según establecen tajantemente las normas aplicables; en particular, la Ley Hipotecaria en sus artículos 296, 300, 301 y 303, el Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en su artículo 88.2 y el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio.

Frente a la claridad y contundencia de las previsiones legales y reglamentarias citadas no cabe oponer una artificiosa construcción doctrinal y jurisprudencial que, sobre la base de un eventual carácter de servicio público del Registro, de la condición de funcionario público del registrador, de la hipotética naturaleza de órgano administrativo del Registro y de la supuesta índole también administrativa de la actuación registral, afirma la aplicación del sistema de responsabilidad patrimonial pública consagrado en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, a los daños irrogados por los registradores en el ejercicio de sus funciones.

Un examen pormenorizado de la realidad pone de manifiesto la inexactitud de construcción mencionada pues, ni el Registro es un servicio público propio; ni el registrador es funcionario público típico, sino que solo tiene tal consideración a determinados y concretos efectos; ni tampoco es un órgano administrativo; ni en fin la función registral tiene naturaleza administrativa.

La inexistencia de preceptos legales que desvirtúen las previsiones de la Ley Hipotecaria y la falta de fundamento de las premisas con que operan los criterios que preconizan la aplicación del sistema de responsabilidad pública abocan a considerar que el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, no entra en juego cuando se trata de solventar reclamaciones formuladas por daños derivados del actuar de los registradores de la propiedad. Estas deben resolverse en vía civil y conforme a las normas del derecho privado.

Esta conclusión cohonesta con naturalidad con el hecho de que los registradores de la propiedad y su función quedaron, desde su creación, al margen del régimen jurídico administrativo, aun cuando, en su estatuto profesional, siempre de forma recurrente, aparecen imbricados de manera íntima elementos públicos y privados en el sentido de que son funcionarios pero ejercen su función como profesionales. Y ello porque, al ejercer la función calificadora, los registradores no actúan como órganos administrativos, pues ni están integrados, ni dependen de la Administración pública. Lo hacen, bajo su exclusiva responsabilidad, ejerciendo una función pública como profesionales, una función pública que tienen encomendada legalmente. Así lo declara el preámbulo de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, al afirmar que «la ley opta por atribuir el conocimiento de un número significativo de los asuntos ...a operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional, tales como... registradores de la propiedad y

Mercantiles... Estos profesionales, que aúnan la condición de juristas y de titulares de la fe pública, reúnen sobrada capacidad para actuar...».

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

DICTÁMENES DEL CONSEJO DE ESTADO

- Dictámenes núms. 773/1995, de 20 de julio de 1995
- Dictamen 1380/1996, de 19 de septiembre
- Dictamen 940/99, de 21 de octubre de 1999
- Dictamen 949/1999, de 21 de octubre de 1999
- Dictamen 2205/1999, de 16 de septiembre
- Dictamen 1629/2010, de 23 de septiembre de 2010
- Dictamen 1009/2017, de 30 de noviembre de 2017
- Dictamen 90/2018, de 22 de marzo de 2018

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS (Sala Tercera) de 22 de marzo de 1995
- STS (Sala Tercera) de 10 de octubre de 2002
- STS (Sala Tercera) de 6 de abril de 2005
- STS (Sala Tercera) de 13 de febrero de 2007

SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA NACIONAL

- SAN de 21 de marzo de 2001
- SAN de 15 de febrero de 2002
- SAN de 10 de octubre de 2002
- SAN de 13 de febrero de 2007

VII. BIBLIOGRAFÍA

Se incluye exclusivamente la bibliografía citada y la clásica.

ALESSI, R. (1970). *Derecho administrativo*, trad. esp., vol. I, Barcelona.

BALLESTEROS ALONSO, M. (2003). La responsabilidad civil de registradores y notarios, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, VII.

CHICO y ORTIZ, J.M. (1977-1978). *Teoría, práctica y fórmula de la calificación registral*, Madrid.

- ESTRUCH ESTRUCH, J. (2014). *La responsabilidad civil del Registrador*, Madrid.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. (1997). La Administración pública de Derecho privado y los actos administrativos que inciden en las relaciones jurídico-privadas (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de diciembre de 1994, Sala Primera) en *Revista de la Administración pública*, núm. 143.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. (2000). Una cabeza de puente en la inimpugnabilidad de la actividad registral (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de febrero de 2000, Sala Tercera), en *Revista Española de Derecho Administrativo*.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1956). *Los principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. (2004). *Curso de derecho administrativo*, 9.ª ed., Madrid.
- GARCÍA TREVIJANO FOS, J.A. (1957). *Principios jurídicos de la organización administrativa*, Madrid.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1949). Naturaleza del procedimiento registral, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*.
- (1955). La impugnación de actos registrables, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*.
- HERNÁNDEZ GIL, F. (1970). *Introducción al derecho hipotecario*, Madrid.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1992). Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del registrador, en *Estudios de derecho privado común y foral*, Barcelona.
- LOPEZ MEDEL, J. (1958). Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público, también en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*.
- LUCIFREDI, R. (1978). *Diritto amministrativo*, Milano.
- SANTOS BRIZ, J. (1989). *La responsabilidad civil*, 2 vols., Madrid.
- SERRERA CONTRERAS, P. (2003). Más sobre los recursos contra las calificaciones registrales, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 680.
- VILLAR EZCURRA, J.L. (1999). *Derecho administrativo especial, Administración pública y actividad de los particulares*, Madrid, 1999.
- VILLAR PALASÍ, C. (1977). *Apuntes de derecho administrativo. Parte general*. Madrid, T. II.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (1989). *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid.
- ZANOBINI, G. (1958). *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. III, Milano.

NOTAS

¹ El artículo 296 de la Ley Hipotecaria dispone que: «Los Registradores responderán civilmente, en primer lugar, con sus fianzas, y en segundo, con sus demás bienes, de todos los daños y perjuicios que ocasionen: Primero. Por no asentar en el Diario, no inscribir o no anotar preventivamente en el término señalado en la Ley los títulos que se presenten al Registro. Segundo. Por error o inexactitud cometidos en inscripciones, cancelaciones, anotaciones preventivas o notas marginales. Tercero. Por no cancelar sin fundado motivo alguna inscripción o anotación, u omitir el asiento de alguna nota marginal, en el término correspondiente. Cuarto. Por cancelar alguna inscripción, anotación preventiva o nota

marginal, sin el título y los requisitos que exige esta Ley. Quinto. Por error u omisión en las certificaciones de inscripción o de libertad de los inmuebles o derechos reales, o por no expedir dichas certificaciones en el término señalado en esta Ley».

Los artículos 300 y 301 del mismo cuerpo legal establecen, respectivamente, que: «El que por error, malicia o negligencia del Registrador perdiere un derecho real o la acción para reclamarlo podrá exigir, desde luego, del mismo Registrador el importe de lo que hubiere perdido. El que por las mismas causas pierda solo la hipoteca que asegure una obligación, podrá exigir que el Registrador, a su elección, le proporcione otra hipoteca igual a la pérdida o deposite, desde luego, la cantidad asegurada para responder en su día de dicha obligación». Y «El que por error, malicia o negligencia del Registrador quede libre de alguna carga o limitación inscritas será responsable solidariamente con el mismo Registrador del pago de las indemnizaciones a que este sea condenado por su falta».

² «Toda demanda que se deduzca contra el Registrador para exigirle la responsabilidad se presentará y sustanciará ante el Juzgado o Tribunal a que corresponda el Registro en que se haya cometido la falta».

³ Así, el artículo 88.2 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, dispone: «2. La Hacienda pública podrá ejercitar las acciones civiles que la ley autoriza para obtener la indemnización de daños y perjuicios a que pudiera dar lugar la dilación injustificada de los registradores en la práctica de los servicios que les encomienda este reglamento».

Y, por su parte, el artículo 105.4, párrafo segundo, del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio de 2004, en análogo sentido, instituye: «La Tesorería General de la Seguridad Social podrá ejercitar cuantas acciones civiles procedan legalmente para exigir responsabilidades de los daños y perjuicios a que diere lugar la dilación de los registradores en la práctica de los servicios que les encomienda este reglamento».

⁴ Los primeros en realizar tal calificación con rotundidad fueron Jesús GONZÁLEZ PÉREZ en *Naturaleza del procedimiento registral*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (1949), 579 y sigs., y en *La impugnación de actos registrables*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (1955), 513 y sigs., y Jesús LÓPEZ MEDEL en *Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*, también en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (1958), 1-37, 146-213, 289-362, 449-495 y 601-658. Este último lo definía como «aquel servicio público de carácter esencial y jurídico, que tiene por objeto la publicidad de determinadas situaciones jurídicas por medio de la inscripción, obligatoria o constitutiva, de los derechos reales, como regla general sobre inmuebles en razón a la seguridad del tráfico inmobiliario, de la cual es destinataria la sociedad, a la vez que se satisface el interés particular de los individuos, estando a cargo de funcionarios públicos, técnicos en Derecho, con facultades de índole jurisdiccional, a los fines, por medio de la calificación, de la justicia registral».

Una exposición de conjunto sobre la cuestión en CHICO y ORTIZ, J.M. (1977-1978) *Teoría, práctica y fórmula de la calificación registral*, Madrid, 38 y sigs.

⁵ Dictámenes 949/1999, de 21 de octubre, 1629/2010, de 23 de septiembre de 2010, 1009/2017, de 30 de noviembre de 2017, 90/2018, de 22 de marzo de 2018, etc.

⁶ SSTS (Sala Tercera) de 22 de marzo de 1995, 6 de abril de 2005, etc., y SSAN de 21 de marzo de 2001, 15 de febrero de 2002, 10 de octubre de 2002, 13 de febrero de 2007, etc.

⁷ Reza el precepto: «Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar con la Ley».

⁸ El artículo 32 establece un sistema de responsabilidad objetiva frente al de responsabilidad subjetiva —por muy matizada que esté jurisprudencialmente— consagrado en el artículo 1902 del Código civil. Tiene carácter de cláusula general, de cierre, que cede

ante la existencia de los regímenes públicos de indemnización específicos o singularmente determinados por el ordenamiento. Por eso, solo resulta de aplicación cuando no hay un mecanismo o vía específica para obtener el resarcimiento. Así, previendo el ordenamiento mecanismos singulares de indemnización en materia de concesiones, de funcionarios, de contratos, etc., los concesionarios, los funcionarios, los contratistas no pueden, ni fundar sus reclamaciones en el mentado artículo 32, ni estas pueden sustanciarse con arreglo a las normas de procedimiento dictadas en su desarrollo. Las reclamaciones que encuentran su fundamento en reglas o regímenes especiales han de tramitarse y resolverse a través de los procedimientos previstos precisamente en esos regímenes singulares.

⁹ Así lo ha dicho el Consejo de Estado en diversos dictámenes —desde el 940/99, de 21 de octubre de 1999—.

¹⁰ Está implícita en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. (1997). La Administración pública de Derecho privado y los actos administrativos que inciden en las relaciones jurídico-privadas (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de diciembre de 1994, Sala Primera) en *Revista de la Administración pública*, núm. 143, 221 y sigs., y Una cabeza de puente en la inimpugnabilidad de la actividad registral (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de febrero de 2000, Sala Tercera), en *Revista Española de Derecho Administrativo* (2000), núm. 107, 435 y sigs., y en SERRERA CONTRERAS, P. (2003). Más sobre los recursos contra las calificaciones registrales, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 680, 3370 y sigs.

¹¹ La última de 7 de diciembre de 2018.

¹² Dictámenes núms. 773/1995, de 20 de julio de 1995; 2205/1999, de 16 de septiembre y 1380/1996, de 12 de septiembre de 1996, reiterados posteriormente por otros muchos.

¹³ Desde la Sentencia de 22 de marzo de 1995.

¹⁴ Desde el dictamen 1380/1996, de 19 de septiembre. Se ha reiterado en numerosas ocasiones (dictámenes 949/1999, de 21 de octubre, 1629/2010, de 23 de septiembre de 2010, 1009/2017, de 30 de noviembre de 2017, 90/2018, de 22 de marzo de 2018, etc.)

¹⁵ Sentencias —Sala Tercera— de 22 de marzo de 1995, 10 de octubre de 2002, 6 de abril de 2005, 13 de febrero de 2007, entre otras.

¹⁶ Sentencia de 15 de febrero de 2002.

¹⁷ Citado por VILLAR EZCURRA, J.L. (1999). *Derecho administrativo especial, Administración pública y actividad de los particulares*, Madrid, 1999, 25 y sigs.

¹⁸ VILLAR EZCURRA, J.L. *Derecho administrativo especial...*, 27.

¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. (2004). *Curso de derecho administrativo*, 9.^a ed., Madrid, 373 y sigs.

²⁰ Sobre la admisión y la diferenciación con otras figuras, *vid.* VILLAR PALASÍ, Cátedra (1977), *Apuntes de derecho administrativo. Parte general*. Madrid, T. II, 63.

²¹ MORELL OCAÑA, L. (1999). *Curso de derecho administrativo*, t. II, 4.^a ed., Pamplona, 164 y sigs.

²² El Tribunal Constitucional calificó dicha relación de supremacía especial (SSTC 42/1987, de 7 de abril, 3/1988, de 21 de enero, 101/1988, de 8 de junio, etc.), aunque luego desechó este concepto, siguiendo la última doctrina germana. Sea cual fuere la denominación dada a la relación es claro que comporta una especial vinculación del admitido con la Administración que excede la del simple particular.

²³ GARCÍA TREVIJANO FOS, J.A. (1957). *Principios jurídicos de la organización administrativa*, Madrid, 206 y sigs., y MORELL OCAÑA, L. *op. cit.*, 70 y sigs., a quien se sigue en las líneas posteriores.

²⁴ En tal sentido, el Tribunal Supremo desde la STS de 20 de octubre de 1975.

²⁵ La distinción entre consideración, equiparación y asimilación goza de una gran raigambre en nuestro ordenamiento jurídico. Los conceptos respectivos estaban deslindados con claridad en la legislación decimonónica, si bien hoy en día aparecen oscurecidos.

²⁶ GARCÍA TREVIJANO, J.A., *op. cit.*, 61 y sigs.

²⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Una cabeza de puente...*, 448.

²⁸ CHICO Y ORTIZ, J.M. (2000). *op. cit.*, 38 y sigs.; *Estudios sobre derecho hipotecario*, 4.^a ed., Madrid, 1845 y sigs.

²⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L. (1992). *Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del registrador*, en *Estudios de derecho privado común y foral*, Barcelona, 92 y sigs.

³⁰ YZQUIERDO TOLSADA, M. (1989). *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, 1989, 105 y sigs.; especial, 115 y sigs.

³¹ BALLESTEROS ALONSO, M. (2003). La responsabilidad civil de registradores y notarios, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, 1 y sigs.

³² ZANOBINI, G. (1958). *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. III, Milano, 408.

³³ ALESSI, R. (1970). *Derecho administrativo*, trad. esp., vol. I, Barcelona, 158.

³⁴ LUCIFREDI, R. (1978). *Diritto amministrativo*, Milano, 1978, 97.

³⁵ Desde las SSTs de 11 de noviembre de 1965 y 2 de febrero de 1968.

³⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *op. cit.*, 392. En el mismo sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1956). *Los principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 189.

³⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Una cabeza de puente...*, 435 y sigs.

(Trabajo recibido el 9-7-2020 y aceptado
para su publicación el 24-9-2020)

El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad: ¿una quimera?

The will granted with supports by people with disabilities: A chimera?

por

LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO
Profesor titular de Derecho civil
Facultad de Derecho, Universidad de La Habana
Notario

RESUMEN: El derecho a ejercer la capacidad jurídica se ha erigido en un derecho humano con reconocimiento y protección convencional. Desde el modelo social que proyecta la CDPD, la capacidad para testar de las personas con discapacidad debe ser entendida a partir de claves que permitan su inclusión social y el respeto a su dignidad inherente. Nada priva que conforme con su particular situación puedan otorgar testamento ante notario con apoyos, ya hayan sido estos nombrados por el propio testador en escritura pública notarial o dispuestos por resolución judicial. La participación de los apoyos no conculca la naturaleza personalísima del testamento, en todo caso la intervención notarial se erige en crucial salvaguardia de los derechos del testador para evitar influencias indebidas.

ABSTRACT: *The right to exercise legal capacity has become a human right with conventional recognition and protection. From the social model projected by the CRPD, the ability to test for people with disabilities must be*

understood based on key factors that allow their social inclusion and respect for their inherent dignity. Nothing deprives that according to their particular situation they can grant a will before a notary public with support, whether they have been appointed by the testator himself in a notarized public deed or arranged by judicial resolution. The participation of the support does not violate the very personal nature of the will; in any case the notarial intervention stands as a crucial safeguard of the testator's rights to avoid undue influence

PALABRAS CLAVE: Capacidad jurídica. Testamento. Apoyos. Ajustes razonables. Salvaguardias.

KEY WORDS: *Legal capacity. Will. Supports. Reasonable adjustments. Safeguards.*

SUMARIO: I. LA CAPACIDAD PARA TESTAR DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD: LAS CLAVES PARA SU ENTENDIMIENTO DESDE EL MODELO SOCIAL ESTABLECIDO POR LA CDPD.—II. EL TESTAMENTO COMO ACTO *INTUITU PERSONAE* Y EL SISTEMA CONVENCIONAL DE APOYOS: ¿ACASO FIGURAS ANTINÓMICAS?—III. TESTAMENTO NOTARIAL CON APOYOS: 1. EL TESTAMENTO CON APOYOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDADES SENSORIALES O FÍSICO-MOTORAS. ESPECIAL REFERENCIA AL TRATAMIENTO DADO POR EL DERECHO POSITIVO. 2. EL TESTAMENTO CON APOYOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDADES INTELECTUALES O PSICOSOCIALES.—IV. ¿TESTAMENTO OLÓGRAFO CON APOYOS?: 1. EL CASO DEL TRIBUNAL DE VARESE.—V. CAPACIDAD PARA TESTAR, APOYOS Y SALVAGUARDIAS: 1. EL NOTARIO COMO *RECHTSWAHRER* O SALVAGUARDIA EN EL OTORGAMIENTO DEL TESTAMENTO CON APOYOS.—VI. A MODO CONCLUSIVO: EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA PARA TESTAR TAMBIÉN FORMA PARTE DE UNO DE LOS ASPECTOS DE LA VIDA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA CAPACIDAD PARA TESTAR DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD: LAS CLAVES PARA SU ENTENDIMIENTO DESDE EL MODELO SOCIAL ESTABLECIDO POR LA CDPD

Resulta sumamente difícil romper estereotipos ya fijados y contruidos en el imaginario social. Pero quizás lo sea aún más, desechar los modelos y

esquemas perfilados en materia jurídica. Los juristas solemos escribir y en nuestro discurso defender con vehemencia las posiciones que abrazamos, muchas veces con el argumento de la doctrina precedente, sin contextualizar las citas al momento histórico en que se vive. No hay nada más dañino que el recurso a una cita fuera de contexto. Se desinforma el lector, se atribuye criterios al autor, que no ha reeditado ni actualizado su obra al compás de los nuevos tiempos y se desorienta el propio autor en una argumentación forzada, apegada en ocasiones al sentido literal de una norma, superada en su teleología, arruinándose así lo que pudo ser un buen proyecto de investigación.

Escribir hoy desde el Derecho sobre temas vinculados al ejercicio de la capacidad jurídica de personas con discapacidad es un verdadero reto. Hay una hemorragia doctrinal, pues el tema ha tomado mucho brío tras la aprobación en Nueva York, en diciembre de 2006, de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (en lo adelante CDPD). De ella se ha dicho tanto..., tan variado y con efusivo ímpetu, con tantos matices o sin matices en algunos casos, que hay que ser selectivo para en un artículo de modestos propósitos poder referenciar los criterios tan variopintos que sobre el puntual tema que me convoca la ocasión se han vertido por quienes me han precedido.

Hablar de la *testamenti factio* activa no es cuestión nada fácil, pues es uno de los grandes temas que convocan los maestros del Derecho de sucesiones, en relación con el cual, hasta tiempos relativamente recientes, parecía que estaba casi agotado. Empero, la aprobación de la CDPD ha supuesto un cambio trascendental en la manera en la que se ha entendido e interpretado el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas en situación de discapacidad y ha reactivado el interés por el tema de modo diríamos que inusitado. El modelo social de derechos humanos que la Convención estrena conlleva a un cambio de paradigmas en el que la capacidad jurídica comienza a enfocarse desde los derechos humanos, y desde esa misma manera, «la consagración normativa de los *derechos humanos* tanto a nivel supranacional como local», ha supuesto «la revalorización jurídica de bases morales reconocibles a todos los humanos bajo ciertos condicionantes¹. De este modo, con acierto se ha apuntado que el modelo social de la discapacidad «considera que las causas que originan la diversidad funcional no son ni religiosas, ni científicas, sino que son sociales; y desde ese punto de partida tan sustancial se sostiene entonces que las personas con diversidad funcional pueden contribuir a la comunidad en igual medida que el resto de mujeres y hombres sin diversidad funcional, y tal circunstancia debe acontecer siempre desde la valoración y el respeto de su condición de personas diferentes². Dicho modelo se informa de «los valores intrínsecos a los derechos humanos, a partir de los cuales se debe aspirar a potenciar el respeto por la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social³».

La profesora CUENCA GARCÍA explica con mucho acierto que el abandono del enfoque asistencialista e iusprivatista que ha tenido el tema de la capacidad jurídica y su reemplazo por una perspectiva de derechos humanos, a su modo de ver, «posee dos dimensiones, estrechamente relacionadas. En primer lugar implica que la cuestión de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad debe ser abordada de manera prioritaria desde los valores, principios y fines básicos que presiden el discurso de los derechos humanos (autonomía, participación, independencia, igualdad) que ha de permear también, de una vez por todas, el Derecho privado, en segundo lugar, y en conexión con lo anterior, pone de relieve que el reconocimiento de la capacidad jurídica constituye no solo una condición necesaria para la válida intervención en el tráfico jurídico, sino también y sobre todo un requisito imprescindible para el ejercicio de todos los derechos humanos»⁴. En efecto, la capacidad jurídica no puede seguir analizándose desde los estrechos márgenes de la medicina. Esa perspectiva asistencialista debe ser necesariamente neutralizada. No son los médicos la pieza clave y exclusiva para determinar la capacidad de una persona. Insistir en que el dictamen médico es concluyente en temas de capacidad supone, a mi juicio, hacer un giro de 360.º, o sea, quedarnos inertes frente a los retos que la CDPD supone e impone.

«La Convención evita y proscribe los modelos puramente representativos o de sustitución en la toma de decisiones —en los que es precisamente un tercero el que decide que es lo conveniente o más beneficioso para la persona con discapacidad—, ideando por el contrario un sistema de apoyos que permitan a la persona decidir por sí misma, incluyendo el derecho a equivocarse, e incluso a rechazar esos apoyos»⁵.

El respeto a la autonomía se erige en crucial eslabón para entender y razonar en clave convencional los objetivos que con ella han sido propuestos. «El respeto de la autonomía de las personas con discapacidad requiere, de un lado, en un sentido negativo, el respeto de la libre elección de planes vida que no puede verse restringida por razón de discapacidad. Y, en un sentido positivo, reclama que en aquellas situaciones en las que las diferencias que, en efecto, algunas personas puedan tener en sus capacidades cognitivas puedan generar dificultades en la toma de decisiones se adopten las medidas o instrumentos pertinentes para eliminarlas o paliarlas, entre los que, de nuevo, las medidas de apoyo adquieren un papel de primer orden»⁶.

Una vez más reitero, la clave para que los civilistas intentemos adaptar nuestra milenaria rama del Derecho a los perfiles que la CDPD exige está en romper los esquemas tradicionales, sin perder de vista la esencia. Se trata de transformar las instituciones, sin que con ello se desnaturalice su función tuitiva y sus principales efectos. No se trata, por el contrario, de sustituir instituciones, sin más. El cirujano que realiza un trasplante de órganos no

se limita a sustituir un órgano por otro, tiene que buscar de otros colegas la preparación psicológica del paciente, estudiar la anatomía del órgano y suturar cada vena o arteria para evitar males mayores. El órgano necesita acomodarse a ese nuevo cuerpo que le recepciona. Un mínimo fallo puede provocar el rechazo. El civilista, como el cirujano trasplantólogo tiene que crear las condiciones para recepcionar la Convención, y para ello necesariamente se ve compelido a reconstruir su ordenamiento jurídico. No se trata de sustituir una institución por otra. La cuestión no es solo estructural, sino también funcional. Se necesita —cuan un trasplantólogo— acudir a la filosofía del pensamiento importado de otras áreas del Derecho o, en su caso, cambiar la óptica desde la que tradicionalmente se ha estudiado la capacidad jurídica, ni qué decir la capacidad testamentaria. Solo así, desde una visión de derechos humanos, de respeto a la dignidad inherente, sin perder de vista, con toda lógica, la diversidad funcional de las personas, podrá reasentar los conceptos tradicionales en los que nos hemos ido forjando, en los nuevos perfiles que una sociedad inclusiva reclama.

Como afirma OLMO en el Derecho argentino «desde el modelo social de discapacidad se pretende que las respuestas sociales frente al fenómeno mismo de la discapacidad, sean abordadas desde el respeto a la igual dignidad de todas las personas y fundadas en base a los derechos humanos. En este marco, se proclama la inclusión de la diferencia que implica la diversidad psico-social, como una parte más de la realidad humana.

»Se entiende, entonces, que no son las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la sociedad para asegurar adecuadamente que las necesidades de todas las personas sean tenidas en cuenta. Es decir, el origen de la discapacidad está dado en la interacción de la persona con el contexto social en el cual se desenvuelve»⁷. «En otras palabras, la discapacidad será el resultado de la interacción con barreras que experimenta una persona que presenta deficiencia, lo que produce un impacto específico en su participación plena y efectiva en la sociedad»⁸.

En este entorno hay que metamorfosear el tratamiento que históricamente se le ha dado a la *testamenti factio* activa, como una manifestación concreta del ejercicio de la capacidad jurídica, amén de las peculiaridades que la capacidad para testar ha tenido en el Derecho civil al resultar el derecho a testar un derecho personalísimo, o sea, solo ejercitable por su titular, y estar condenada a la nulidad cualquier manifestación de poder testatorio o delegación del ejercicio del derecho a testar, como también la sustitución o incluso el complemento del ejercicio de la capacidad de testar. No cabe duda de que el derecho a testar se ejerce únicamente por su titular y que la *voluntas testatoris* ha de ser la del testador. Eso sí, conforme con la CDPD habría que matizar si ese derecho y esa voluntad no pueden ejercitarse y formarse, con la información, el auxilio, la asistencia, de apoyos para la

toma de decisiones y el ejercicio de derechos. Aquí radica el nudo gordiano de este apasionante tema en los tiempos de la Convención.

II. EL TESTAMENTO COMO ACTO *INTUITU PERSONAE* Y EL SISTEMA CONVENCIONAL DE APOYOS: ¿ACASO FIGURAS ANTINÓMICAS?

Hay pleno consenso en la doctrina⁹ y también en el Derecho iberoamericano¹⁰ en que el testamento es un acto personalísimo¹¹. La facultad de testar es indelegable¹², es puramente personal¹³ del testador, quien no puede dejar su formación en todo, o en parte, al arbitrio de un tercero¹⁴, procurador¹⁵, ni se puede otorgar por apoderado o una tercera persona¹⁶, ni tampoco su voluntad —tal y como apunté— puede ser sustituida o complementada, precisamente por la defensa del carácter personalísimo del testamento, aunque los códigos civiles no lo establezcan literalmente. La voluntad testamentaria es la voluntad de quien otorga el acto dispositivo *mortis causa*. Ahora bien, se trata de la voluntad ya formada. Otra cuestión distinta es que en esa formación pueda incidir, la asistencia, la orientación, el auxilio de un tercero, sobre todo cuando se trata de un testador que es una persona en situación de discapacidad.

Reconozco que el tema no es nada sencillo. No es una operación matemática, con resultados exactos. Tampoco es dable hablar de discapacidades en sentido abstracto. No es lo mismo una discapacidad sensorial o físico-motora que una discapacidad intelectual o psicosocial. La vulnerabilidad, la posibilidad de voluntades captatorias, de influencias indebidas en personas o la manipulación de estas¹⁷, ya no solo en situación de discapacidad, sino también ancianas, es cada día más palpable¹⁸. De igual manera, no es igual valorar la capacidad de una persona con tales discapacidades, incluso para el notario autorizante, que la capacidad, quizás, de una persona con discapacidad visual o con discapacidad auditiva. Téngase en cuenta que la voluntad es el nervio del negocio jurídico, incluido, por supuesto, el negocio jurídico testamentario, que además tiene marcadas particularidades, entre ellas, el ser un negocio de última voluntad, de modo que sus efectos para terceros se supeditan a la muerte del testador, quien nada podrá esclarecer al momento en que el negocio se ejecute, amén de que suele ser, aunque no necesariamente ha de ser así, un negocio dispositivo patrimonial, a cuyo tenor el testador puede disponer de todo su patrimonio. Esto hace al testamento mucho más apetecible para el captor de la voluntad. Ser beneficiario de una cuantiosa herencia puede cambiar la vida de muchas personas. De ahí por qué el testamento siempre es un negocio jurídico susceptible de impugnación por los más variados motivos.

Todas estas circunstancias han fortalecido ese carácter personalísimo del testamento; de tal suerte que tal negocio jurídico forma parte del reducto de los negocios personalísimos. Solo el testador puede construir su testamento, que no significa en modo alguno que su construcción se realice por el testador sin el más mínimo auxilio de un tercero. Y no me refiero al notario, que como profesional del Derecho es el artífice de la envoltura técnico-jurídica del negocio testamentario, el autor indiscutible de la escritura pública que le contiene. El testamento muchas veces es el resultado de las cavilaciones familiares, de la consulta que hace el padre o la madre a su esposo o esposa, o a su pareja de hecho, a sus hijos, o a personas allegadas como amigos cercanos, incluso abogados de la familia. El testamento no siempre es una sorpresa para el heredero. Diría que lo contrario. Una buena parte de los herederos participan en la manera en la que el testador perfila la voluntad testamentaria. La designación de albacea es muchas veces «negociada» por el propio testador con personas cercanas a la familia y que incluso tienen ascendencia moral, espiritual, afectiva sobre los beneficiarios de la herencia, quienes incluso suelen a veces dar opiniones, ideas sustentadas en la equidad, el sentido común y de justicia distributiva, en ocasiones inadvertidas por el testador.

Esta idea general nos permite reflexionar en que si un testador sin discapacidad necesita de ciertos apoyos familiares, informativos, de asesoramiento para el otorgamiento de un testamento, nada priva que —en esos términos, y en aplicación de la CDPD— se puede otorgar un testamento en el que para la toma de esta decisión en el acto mismo de otorgamiento, se haya valido el testador de los apoyos, bien instrumentados previamente por él, o en los casos en que resulte posible, a través de los apoyos dispuestos judicialmente. Como arguye la profesora ALFARO GUILLÉN —quien comparte este criterio—, «(e)l carácter personalísimo del acto a realizar por el sujeto [...] no debiere comprometer en modo alguno su asistencia. Las diferencias entre la representación y el apoyo estriban justamente en que en la primera se suple la voluntad del sujeto por la del representante para la toma de decisiones, mientras que lo segundo confiere el soporte, los medios necesarios para su adopción *per se* por el titular del derecho subjetivo a ejercitar mediante el acto de que se trate»¹⁹.

Por ello, coincido con la doctrina española en la imposibilidad de que el tutor o el curador, en función de complemento del ejercicio de la capacidad jurídica, puedan intervenir en el otorgamiento del testamento²⁰. Al decir de la profesora DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, «(e)l testamento se concibe como un acto personalísimo en el sentido de no haber la posibilidad de atribuir su otorgamiento por representación; por tanto, si no lo hace el propio sujeto nadie puede sustituirlo»²¹. La tutela como institución de protección es el paradigma del modelo de sustitución de voluntades, en el que se nu-

lifica cualquier actuación del pupilo o tutelado, de quien ni tan siquiera se toma en cuenta su historia de vida, preferencias o voluntad. El tutor sule toda voluntad. El curador, por otra parte, al complementar el ejercicio de la capacidad jurídica, se involucra en el negocio jurídico, la voluntad del testador en tales circunstancias no es suficiente *per se*, se haría acompañar de la del curador, cuya concurrencia complementa, o sea, integra, perfecciona el negocio testamentario, lo cual rompe con su naturaleza personalísima. El curador no se limitaría a informar, asesorar, asistir en la toma de decisiones, sino participa directamente en ella. Su participación es esencial para la perfección del negocio. Su voluntad se sumaría a la del testador al complementar el ejercicio de su capacidad jurídica. Y aunque el negocio se le atribuya al testador, la participación del curador se hace vital pues el testador no podría ejercitar *per se* la capacidad jurídica. La participación del curador presupondría por parte del testador un ejercicio a medias de la capacidad jurídica. Una capacidad jurídica incompleta, conculcando en todo caso los principios que informan la CDPD, sobre todo el de igualdad en el ejercicio mismo de la capacidad jurídica a que hace referencia el tantas veces referido por la doctrina y la jurisprudencia reciente, artículo 12.

Para poder entender la tesis que vengo defendiendo se hace necesario, sin dudas, sumergirnos en el sistema de apoyos, y a tal fin precisar qué son los apoyos, cuál es su finalidad, qué rol desempeñan, quién los determina. Ciertamente la CDPD, en su artículo 12.3, establece que *«Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica»*; figura que ha sido interpretada por el Comité de los derechos de las personas con discapacidad en su Observación general núm. 1 (2014) como *«un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades»*. En todo caso, *«El apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas»* (párrafo 17). O sea, los apoyos constituyen los tentáculos que emplean las personas con discapacidad para ejercer su capacidad jurídica, de modo que —como también agrega la Observación general— podrán ser de diversos tipos²² y de mayor o menor intensidad, lo que *«variará notablemente de una persona a otra debido a la diversidad de las personas con discapacidad. Esto es acorde con lo dispuesto en el artículo 3 d), en el que se mencionan, entre los principios generales de la Convención, “el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas”»* (párrafo 18). Apoyo significa desarrollar una relación y formas de trabajar con otra u otras personas, hacer posible que una persona se exprese por sí misma y comunique sus deseos, en el marco de un acuerdo de confianza y respeto de la voluntad de esa persona. En modo alguno

supone sustituir, suplantar, complementar, la voluntad de esa persona. En todo caso contribuye a informar, a acompañar, a diseñar un plan para que la persona pueda llegar a formarse su propia voluntad, ajena a influencias indebidas, incluidas las influencias del propio apoyo. Al decir de la reciente Ley colombiana núm. 1996/2019, de 26 de agosto, «Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad», los apoyos «*son tipos de asistencia que se prestan a la persona con discapacidad para facilitar el ejercicio de su capacidad legal. Esto puede incluir la asistencia en la comunicación, la asistencia para la comprensión de actos jurídicos y sus consecuencias, y la asistencia en la manifestación de la voluntad y preferencias personales*». Mientras, como se aduce desde la orientación seguida por el nuevo Código civil y comercial de la Argentina, «el “apoyo” debe visualizarse durante todo el proceso previo al acto jurídico en sí, lo que significa que debe estar presente en cada instancia decisiva que, sumada a las demás, decante finalmente en la formalización de un acto jurídico determinado o no, pues justamente, la importancia de los apoyos radica en que vitaliza (no sustituye) el proceso de toma de decisión, quedando esta última siempre en la esfera de la PCD»²³, «el elemento trascendental del modelo de apoyos radica en su filosofía subyacente, que se materializa en el interés jurídico protegido, esto es: la autonomía y el ejercicio de los derechos de la persona»²⁴. En fin, «(e)l nuevo paradigma, que consagra el modelo de “voluntad con apoyo”, para la capacidad jurídica, implica respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y no debe consistir en decidir por ellas»²⁵. «El modelo de apoyos estipulado en la CDPD parte de la premisa de que la persona no necesita una medida de protección que la prive del ejercicio de su capacidad jurídica, sino que se requiere medidas de promoción destinadas a proporcionar los apoyos necesarios para potenciar el ejercicio de dicha capacidad jurídica»²⁶. Esta es la piedra filosofal con la que debemos entender los apoyos, su finalidad es afianzar la toma de decisiones, nunca decidir por las personas en situación de discapacidad²⁷.

Si este es el sentido con el que se interpreta la función de los apoyos, entonces en nada riñe la naturaleza personalísima del negocio testamentario con la posibilidad de que en su otorgamiento puedan intervenir los apoyos, al margen de las consideraciones que ulteriormente se hagan y sin negar, como ya lo han hecho algunos autores al criticar la Observación general núm. 1, las circunstancias en que puedan estar incursas ciertas personas con discapacidad intelectual o psicosocial, que no les permite expresar su voluntad, para lo cual está prevista la presencia de apoyos intensos, con facultades de representación, aun con carácter excepcional; supuestos en los que no será posible el otorgamiento de testamento, como tampoco de convertirse en codecisor o complemento en el ejercicio de la capacidad testamentaria.

III. TESTAMENTO NOTARIAL CON APOYOS

En la actualidad, en el contexto iberoamericano solo un Estado ha regulado expresamente la posibilidad de que el testamento puede ser otorgado con apoyos. En efecto, la reciente reforma al régimen jurídico de la capacidad en el Código civil peruano, amén de sus aciertos y desaciertos²⁸, ha supuesto una posición vanguardista en este orden. Aun cuando en el Derecho argentino, tras la reforma que en este sentido ha conllevado el nuevo Código civil y comercial de la Nación, en materia de capacidad, entre otros muchos ejes temáticos, no se establece expresamente la posibilidad del otorgamiento del testamento con apoyos; sin embargo, una interpretación sistemática del Código, conforme además con los tratados internacionales de derechos humanos que ha ratificado la Nación, haría pensar que las personas con discapacidad, a través del sistema de apoyos, pudieran otorgar testamento²⁹. Empero, llama la atención que la doctrina no se haya pronunciado al respecto.

El artículo 696.2 del Código civil peruano, tras la reforma introducida por el artículo 1 del Decreto-Legislativo 1384/2018, de 3 de septiembre, establece la posibilidad de otorgar testamento con apoyos y ajustes razonables, lo cual lo limita al testamento abierto o notarial. O sea, conforme con los dictados de la CDPD, toda persona con discapacidad podría otorgar testamento ante notario, siempre que el apoyo no ejercite una acción de sustitución. Se trataría de personas que a través del apoyo pueden formar su propia voluntad y tomar decisiones *per se*, tan solo asistidas por él³⁰.

Como esgrime GALVARINO «si hemos de encontrar un denominador común para internalizar qué entendemos por *apoyo* lo hallaríamos en la idea de “ayuda”, “socorro”, podríamos decir con el aditamento de la “confianza”». El apoyo se erige en estos casos en un requisito de validez del acto jurídico testamentario, su ausencia pudiera conllevar a la nulidad del acto. Y esta es la función que desempeñarán los testigos a ruego o el intérprete en la lengua de señas. El apoyo deberá concurrir al documento público notarial, identificarse en la comparecencia, en tanto en la propia escritura el notario ha de expresar la razón por la que acude al acto como apoyo, o sea, en qué consiste su papel en la toma de decisiones del testador y en la voluntad testamentaria a otorgarse en dicho instrumento, dejando claro en todo caso que la voluntad es exclusiva del testador, verdadero y único protagonista del negocio testamentario.

Pero también se debe dejar claro, y esto es aplicable a cualquier tipo de discapacidad y también en materia testamentaria, que hoy en día la diversidad de apoyos ha de ser un elemento que caracteriza a este sistema, que favorece el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas en situación de discapacidad. Como ha dicho el Comité de derechos de las personas con

discapacidad en su Observación general núm. 1: «*El apoyo también puede consistir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias*». Nada priva que una persona con discapacidad pueda utilizar —según dispone el artículo 2 de la CDPD— cualquier medio de comunicación, lo que ha de entenderse como que «*incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso*;

»*Por “lenguaje” se entenderá tanto el lenguaje oral como la lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal*».

Se trata también de los apoyos tecnológicos, que pueden ser de suma ayuda o auxilio para la exteriorización de la voluntad de las personas con discapacidad no solo sensorial, sino también intelectual.

De ahí que códigos civiles como el peruano hayan incorporado en la reforma de 2018, contenida en el Decreto Legislativo 1384, en el artículo 141, un concepto amplio y abarcador de lo que se entiende por manifestación expresa de voluntad, a saber, aquella que se realiza «*en forma oral, escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, digital, electrónico, mediante la lengua de señas o algún medio alternativo de comunicación, incluyendo el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona*». Mientras, en España, el Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica³¹, redactado por la Sección Primera de la Comisión General de Codificación con el fin de adaptar el Código civil y otras normas complementarias a lo dispuesto en el artículo 12 de la CDPD, en la reforma propuesta al vigente artículo 695 del Código civil se propone sea admitido que en el testamento abierto «*el testador pueda expresar su última voluntad por cualquier medio técnico, material o humano*»³². Se añade además —tal y como explica la profesora GARCÍA RUBIO—, que «*(c)uando el testador tenga dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de su contenido, el Notario se asegurará, utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, de que el testador ha entendido la información y explicaciones necesarias y de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad*»³³; sin dudas expresión concreta del empleo de apoyos en el otorgamiento de testamento.

En Alemania —según refieren GARCÍA RUBIO y TORRES GARCÍA— una sentencia del Tribunal Constitucional de 1999 (*BVerfGNJW*, 1999, 1853) declaró inconstitucional no establecer medidas que hagan posi-

ble que las personas que no pueden hablar ni escribir otorguen testamento. Esta sentencia dio lugar a la modificación de los §§ 2232 y 2233, de modo que según el nuevo texto —en vigor desde agosto de 2002— el testador que no es capaz de hablar pueda manifestar su voluntad al Notario por cualquier medio, incluida la intervención de una tercera persona, siempre que quede claro que el testamento expresa la verdadera voluntad del testador³⁴.

Desde un enfoque pedagógico, los sistemas alternativos de comunicación, según TAMARIT: «son instrumentos de intervención destinados a personas con alteraciones diversas de la comunicación y/o lenguaje, y cuyo objetivo es la enseñanza mediante procedimientos específicos de instrucción de un conjunto estructurado de códigos no vocales necesitados o no de soporte físico, los cuales, mediante esos mismos u otros procedimientos específicos de instrucción, permiten funciones de representación y sirven para llevar a cabo actos de comunicación (funcional, espontánea y generalizable), por sí solos, o en conjunción con códigos vocales, o como apoyo parcial a los mismos, o en conjunción con otros códigos no vocales»³⁵. Para VON y MARTINSEN, «Comunicación aumentativa significa comunicación de apoyo o de ayuda. La palabra subraya el hecho de que la enseñanza de las formas alternativas de comunicación tiene un doble objetivo, a saber: promover y apoyar el habla, y garantizar una forma de comunicación alternativa si la persona no aprende a hablar»³⁶. A los fines del análisis que se ofrece, entre los distintos criterios de clasificación de los sistemas alternativos de comunicación se incluye el de LLYOD y KARLAN, que ubican a los sistemas de comunicación no asistida (sistemas de comunicación con ayuda), en tal caso, los códigos que utilizan requieren de un apoyo físico, un material, una ayuda externa o apoyo físicamente independiente del emisor que realiza la actividad comunicativa. Estos sistemas contienen los formatos siguientes: el lápiz y el papel en el lenguaje escrito, símbolos gráficos dibujados (sistema Bliss y sistemas pictográficos), objetos reales en miniatura, fotografías, formas simbólicas (Premarck), braille y otros códigos vibrotáctiles, y el habla a través de sintetizadores de voz³⁷.

Entre las técnicas empleadas en los sistemas alternativos de comunicación destaca el uso de comunicadores, dispositivos eléctricos o electrónicos, con los que la persona puede, con cierta facilidad, producir mensajes. En ello ha desempeñado un decisivo papel el uso de computadoras con determinados dispositivos de entrada de la información, entre los que es valdadero destacar el teclado braille, y a su vez, dispositivos de salida de la información, entre los que se significan la línea braille, que muestra la información que aparece en la pantalla de la computadora, permitiendo la lectura al tacto al igual que el braille escrito; las impresoras braille, que imprimen la información que manda la computadora utilizando el sistema de puntos de relieve braille; y los magnificadores de pantalla, software específico para

personas con problemas visuales, que amplían las imágenes y textos de la pantalla para facilitar su visión³⁸.

Todo ello demuestra cómo los métodos y técnicas de formación e instrucción de las personas con discapacidad, con pleno apoyo de la tecnología, viabilizan la integración social de las personas con discapacidad, cualquiera sea la naturaleza de esta, y les permite a estas protagonizar todos los actos de la vida, de los que no es exclusión el testamentario.

1. EL TESTAMENTO CON APOYOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDADES SENSORIALES O FÍSICO-MOTORAS. ESPECIAL REFERENCIA AL TRATAMIENTO DADO POR EL DERECHO POSITIVO

A lo largo de la historia, la posibilidad de otorgar testamento en el caso de personas con discapacidades sensoriales o incluso físico-motoras, asistidos por intérpretes o por los llamados testigos de asistencia, ha sido pacíficamente reconocida, si bien no es hasta la aprobación de la CDPD que a dichas personas se les ha concebido por lo que realmente son, apoyos del testador. Llama la atención entonces por qué la doctrina huye de los apoyos en materia testamentaria, incluso en estos supuestos de polémica mucho menor. ¿O es que aún no se entiende lo que es un sistema de apoyos y qué roles desempeña? Cuesta trabajo romper con ideas preconcebidas y esquemas teóricos matemáticamente concebidos.

El Derecho notarial, y ello no puede calificarse de una novedad devenida del artículo 12.4 de la CDPD, protege de forma general aquellos supuestos en que el compareciente en un instrumento notarial se vea imposibilitado de cumplir alguna de las formalidades que el otorgamiento prevé, específicamente, la lectura del documento y la plasmación del consentimiento (escrituras) a través de la firma. En sendos casos, el legislador aporta soluciones ante tales dificultades y permite que se concreten los objetivos deseados por quien pretende otorgar o asentir el instrumento, de lo que el testamento no es ni será excepción.

La posibilidad de que personas con discapacidades físico-motoras o con discapacidades sensoriales puedan otorgar testamento con apoyos es innegable: recordemos que los apoyos pueden ser, entre otros, los testigos de asistencia o a ruego, de una persona que tenga una discapacidad física o una discapacidad visual, por ejemplo, tipología testamentaria que aún en los ordenamientos jurídicos en que se han suprimido la intervención de testigos en el testamento, queda subsistente³⁹, precisamente como un eslabón importante en el otorgamiento mismo del documento público⁴⁰.

Deben su nombre a su concurrencia al instrumento público por solicitud expresa del compareciente, que pide o ruega por que le auxilien en el acto

mismo de autorización del documento por el notario. Son ellos las manos de las que no puede disponer el compareciente en el acto de autorización del documento, o de otorgamiento o aquiescencia, según se trate de escrituras o actas, respectivamente.

En el Derecho cubano, su intervención está regulada en los artículos 35, tercer párrafo, 37 y 38 del Reglamento de la Ley notarial y en el artículo 491 del Código civil, en sede de testamentos notariales de personas con discapacidades sensoriales. Si bien aclaro que el autor del Reglamento, en el artículo 37, primer párrafo, no se refiere expresamente a testigos, sino a «*persona de su elección*»⁴¹, a diferencia del segundo párrafo, en que sí les nombra como tal, o sea, cuando ni tan siquiera se le puede tomar huellas dactilares al compareciente; mas, considero, que en ambos supuestos estamos frente a un testigo de asistencia, a pesar de la distinción apuntada.

En efecto, el artículo 491 del Código civil y el artículo 37 del Reglamento de la Ley notarial prevén la posibilidad de que por razón de una discapacidad, esencialmente físico-motora, del testador, una persona de su elección estampe su firma (testigo de asistencia). En este supuesto se incluyen a todos aquellos que físicamente les sea imposible ejecutar este requisito formal, independientemente de la causa que la genere y el periodo por el que se mantenga.

En los artículos mencionados, la legislación protege de forma general aquellos supuestos en que el compareciente en un instrumento notarial se vea imposibilitado de cumplir alguna de las formalidades que el otorgamiento prevé, específicamente la lectura del documento y la plasmación del consentimiento (escrituras) a través de la firma. En sendos casos, el legislador aporta soluciones ante tales dificultades y permite que se concreten los objetivos deseados por quien pretende otorgar o asentir el instrumento, de manera que las personas nombradas como testigos de asistencia se erigen en verdaderos apoyos del testador.

Si el testador no pudiere firmar, estampará en el documento notarial las huellas dactilares de los dedos pulgares de ambas manos, y a falta de estos, de los dedos que tuviere, para lo cual interesará de un testigo de asistencia su firma por él, extremo que se hará constar así en la escritura pública de testamento por el notario.

Si ello no resultara posible, o sea, si el testador no pudiera estampar las impresiones dactilares en el documento notarial, entonces el notario requerirá la presencia de dos testigos, de los cuales uno, a elección del interesado, firmará a su ruego, manifestación palpable de un apoyo que le está asistiendo al testador en el momento mismo del otorgamiento. En tal supuesto, el notario expresará en el documento público la razón que impide la toma de dichas impresiones, sin que resulte trascendente a los efectos de la eficacia del instrumento, la exhaustiva precisión de la razón o motivo

de la imposibilidad de firmar *per se* del compareciente⁴². Tampoco puede olvidarse que ambos testigos firman el documento, lo que solo uno de ellos lo hace también a ruego del compareciente.

A diferencia de otras legislaciones⁴³, la nuestra no exige del testador saber o no firmar, sino que pueda o no firmar, atendiendo más a una circunstancia coyuntural, que le impide objetivamente suscribir por sí mismo el documento público. Es suficiente, a mi juicio, que el testador manifieste el no poder firmar y que estampe las huellas dactilares de los dedos pulgares, o de los que tuviere y firme el testigo de asistencia, bajo la fe pública notarial⁴⁴. Su aquiescencia quedará expresada gráficamente, en efecto, con la impresión de dichas huellas y la solicitud de que el testigo a ruego firme, o en todo caso, si resultare imposible la toma de huellas dactilares, con la presencia de ambos testigos y la firma de uno de ellos, a ruego del compareciente. De modo que una impugnación ulterior del documento por sus herederos, alegando que no consta la firma del testador, a pesar de demostrarse que aquel sabía firmar y no lo hizo, devendría improcedente, en tanto ello supone la apreciación del *venire contra factum proprium*⁴⁵.

De manera especial está redactado el artículo 38 del Reglamento de la Ley notarial al incluir como comparecientes a las personas sordas, ciegas o mudas o a quien tenga más de una de dichas discapacidades, quienes podrán otorgar o manifestar su aquiescencia en el testamento, con la asistencia de un testigo «idóneo»⁴⁶. Aunque el artículo no hace referencia a ello, en el Derecho comparado ha sido tradicional que el testamento de la persona ciega sea leído no solo por el notario, sino también por el testigo o la persona elegidos a tal fin (doble lectura del testamento)⁴⁷. Este particular pudiera parecer loable, pues tal testigo o la persona elegida fungirían, tras el prisma de la CDPD, como un apoyo, y no deja de serlo, si no fuera porque es impuesto a la persona ciega para que pueda otorgar testamento. Es una formalidad, cuyo quebrantamiento motivaría la nulidad testamentaria. Particular que hoy no se aviene con el derecho que toda persona con discapacidad tiene de elegir o no apoyos. Nada priva a que esta pueda otorgar testamento sin necesidad del testigo, resultando suficiente la lectura que el notario haga de él. En este puntual caso de las personas ciegas, la presencia de un testigo de asistencia como apoyo no debiera hacerse obligatoria. Imponerlo resulta sin dudas una evidente discriminación. Ello por supuesto, dada la tradicional negativa a que el testamento abierto o notarial sea redactado —como corresponde— no solo en el idioma del país en que se otorga, sino también en Braille (el sistema de dobles columnas puede ser muy eficiente a tal fin). Una razón más que justifica la innecesariedad de que con carácter preceptivo concurra un testigo de asistencia al otorgamiento del testamento de una persona ciega.

El empleo por el legislador del término «testigo idóneo» hace suponer que deberá reunir condiciones extra en relación con cualquier otro testigo.

Habrá que presumir que ostente las habilidades necesarias para que medie entre el notario y el testador, permitiéndole a la persona con discapacidad expresar su voluntad de modo inequívoco y corroborar el contenido del instrumento a través de su firma. Pero ello, si bien puede ser útil en determinadas discapacidades, en el caso de las personas ciegas no siempre es así.

No obstante, en estos supuestos estamos ante testigos de asistencia o a ruego, y así lo corrobora el Reglamento de la Ley notarial en su artículo 38; pues precisamente su función en el instrumento consiste en asistir al testador en este caso concreto, cuando por razón de la discapacidad, el testigo en función de apoyo puede facilitar o auxiliar el acto de otorgamiento del testamento, o incluso exteriorizar la voluntad del testador. Su intervención supone la previa petición del testador para ese fin, es un apoyo que puede solicitar cualquier persona que tenga una discapacidad, ya sea sensorial o físico-motora, incluso si la discapacidad es temporal. Insisto, su presencia debiera en todo caso estar dada según la necesidad que tenga o no la persona con discapacidad, debiéndose prescindir cuando el testador con discapacidad no lo requiera.

En relación con el testigo, a esta regla general hay que hacerle algunas anotaciones. En primer término, porque en el caso de las personas con discapacidades auditivas, o algunos supuestos de personas sordociegas, no se pueden dar a entender oralmente y por escrito, pudiera no ser del todo entendible o presto a varias interpretaciones. Por tal motivo, estos supuestos precisan de intérpretes, pues indudablemente, las personas con discapacidad auditiva son extranjeros en su propia tierra; serán entonces quienes funjan como «testigo idóneo» a solicitud del testador. O sea, los intérpretes en la lengua de señas serán también apoyos necesarios para la mejor comprensión por parte del testador del contenido de las cláusulas dispuestas en él, de las informaciones que le puede dar el notario sobre el instrumento que pretende sea autorizado, las posibilidades y prohibiciones establecidas en el Derecho vigente y sus efectos. Un segundo aspecto es que, una vez redactado el testamento, aunque la persona con discapacidad auditiva sepa leer y escribir, su lectura no le es sencilla, por lo cual una vez más está avalada la labor del intérprete al momento de comparecer ante el notario. En el caso de la persona sordociega se hace imprescindible para comunicarse con el notario, salvo el recurso a medios tecnológicos también como apoyos. La intervención de estos profesionales en el instrumento le aporta un alto grado de confiabilidad en cuanto al contenido de la interpretación realizada y la imparcialidad requerida en el acto de otorgamiento del testamento. El intérprete es el mejor apoyo que puede tener una persona con discapacidad sensorial auditiva.

Especial particularidad merecen los casos de personas hipoacúsicas o aquellas personas sordas en edad tardía, para los que la participación del

intérprete como apoyo pudiera trascender menos. Para ello hay que tener presente que estas personas conocen el idioma español y lo articulan como cualquier oyente, por lo que podrán expresar su voluntad al notario a través de la palabra o la escritura, pueden también entender por la lectura labiofacial o incluso llegar a escuchar las instrucciones, recomendaciones y advertencias del notario, así como leer por sí el documento, una vez redactado, y expresar su conformidad, firmándolo.

Como he expresado con anterioridad la concurrencia del intérprete como apoyo está sustentada en la imposibilidad del notario de poderse comunicar con el testador en razón de su discapacidad. En el entorno cubano, el apartado segundo del artículo 50 del Código civil brinda cobertura a toda persona con discapacidad para realizar actos jurídicos respecto de los cuales no tenga restricción el ejercicio de su capacidad jurídica (téngase en cuenta la necesidad de adaptar el Código civil a los dictados de la CDPD). El legislador ofrece así amplias posibilidades en cuanto a la manera de realizar los actos jurídicos, y con esta norma de alcance general deja expedita la vía de exteriorizar una voluntad, *v. gr.*, a través de la lengua de las señas, o por el sistema Braille. Lo importante es que se comprenda el alcance de esa voluntad exteriorizada, aun cuando no pueda ser expresada a través de la grafía (personas con discapacidad físico-motora) o del lenguaje oral (personas mudas). Ahora bien, esa comprensibilidad de la que habla el legislador trasciende al mundo de las personas que no tienen discapacidad, ya sea *per se* o por el recurso del intérprete (ya de una persona sordomuda o de una persona sordociega, *v. gr.*), quien tendrá la misión de hacerse entender frente a terceros, no versados en este particular lenguaje, de modo que no exista valladar impeditivo a la persona con discapacidad de intervenir como cualquier otra persona en el tráfico jurídico, pudiendo perfectamente expresar su voluntad testamentaria.

El Derecho no pone cortapisas, deja la exteriorización de la declaración de voluntad, nervio central del acto jurídico, a las posibilidades de actuación de la persona, según sus potencialidades y posibilidades reales, quien elegirá la vía mejor y más idónea para darse a entender, utilizando para ello la medida de apoyo que considere a bien. Lo que trasciende en aras de la autonomía privada es que la persona con discapacidad pueda exteriorizar su voluntad testamentaria.

El intérprete se convierte en un apoyo trascendental en materia comunicacional facilitador testador con una discapacidad sensorial al expresar su *voluntas testatoris* ante el notario. De ahí que ante la presencia en sede notarial de personas con discapacidades sensoriales se recabe la necesaria intermediación del notario frente al cliente que le lleva a determinar los verdaderos intereses de este. Es necesario explorar la voluntad del testador. En ocasiones, incluso los intérpretes, que sin dudas facilitan la comunicación,

no logran derivar el sentido de las voluntades. La experiencia y pericia del notario pueden propiciar incluso la labor de los intérpretes, de modo que la voluntad exteriorizada esté ajena a cualquier apreciación errada del entorno y de la pernicioso influencia indebida de terceros.

2. EL TESTAMENTO CON APOYOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDADES INTELECTUALES O PSICOSOCIALES

El otorgamiento de un testamento con apoyos por personas con discapacidades intelectuales o psicosociales no debe ser solo una posibilidad, sino también una realidad. Parto de la tesis de que ello tiene como límite una acción de representación o de complemento mismo del ejercicio de la capacidad jurídica, pues en tales circunstancias se conculcaría la naturaleza personalísima del derecho a testar. Sin embargo, parece ser que la doctrina no toma en cuenta la propia naturaleza y funciones que tienen los apoyos según los dictados de la misma CDPD —tal y como se ha explicado—.

La capacidad o lucidez mental se ha convertido para algunos autores en el centro de atención que debe tener en cuenta el notario en el momento mismo del otorgamiento del testamento. Ello, aun cuando esta propia categoría, tan manejada por los civilistas, ha sido puesta en tela de juicio de la Observación general núm. 1 del Comité de los derechos de las personas con discapacidad. A juicio del Comité (párrafo 13): *«La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales. [...] El artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en cambio, deja en claro que el ‘desequilibrio mental’ y otras denominaciones discriminatorias no son razones legítimas para denegar la capacidad jurídica (ni la capacidad legal ni la legitimación para actuar) [...] los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica»*. Para recalcar a *ulteriori* (párrafo 14 *in fine*) que *«(e)l concepto de capacidad mental es, de por sí, muy controvertido. La capacidad mental no es, como se presenta comúnmente, un fenómeno objetivo, científico y natural, sino que depende de los contextos sociales y políticos, al igual que las disciplinas, profesiones y prácticas que desempeñan un papel predominante en su evaluación»*. Posición esta última que no deja de ser discutible, y quizás excesivamente categórica, pero aun con esa objeción, nos pone a pensar en la forma en que tradicionalmente se sigue encarando la determinación de la llamada capacidad natural de la persona, y concretamente del testador, estrechamente vinculada con el concepto de capacidad mental⁴⁸. Como nos alertan en la *Guía notarial de*

*buenas prácticas para personas con discapacidad*⁴⁹, incluso a nivel de recomendaciones: «El Notario no realiza un juicio médico: lo ‘determinante’ no es que la persona padezca o no y en qué grado una determinada patología, no es una valoración puramente médica pues influyen diversos factores o circunstancias como en cualquier ser humano tales como los factores culturales, educacionales, sociales, etc. Lo determinante para el Notario es comprobar que la persona con discapacidad tiene una percepción clara con arreglo a su aptitud y discernimiento de las consecuencias del acto que está realizando y de que se han utilizado los sistemas de apoyo necesarios para ello en ausencia de influencia indebida ni abuso de algún tipo».

Por esa razón no es de extrañar que en ordenamientos jurídicos como el español, *v. gr.*, se insista en la existencia de intervalos lúcidos, en los cuales se entiende que la persona a la cual se le ha modificado judicialmente el ejercicio de la capacidad jurídica (lo que dicho sea de paso, no está a tono con el postulado del art. 12 de la CDPD) puede otorgar testamento, sobre la base de que es impensable que el tribunal que en su día dictara la sentencia judicial de modificación de capacidad de obrar disponga —de cara al futuro— la restricción al ejercicio de la *testamenti factio activa*, como ha ocurrido en un número considerable de sentencias dictadas tanto por el Tribunal Supremo como por los tribunales de instancia, calificadas por alguna autora como una «anómala línea jurisprudencial»⁵⁰. Se parte de varios presupuestos —a mi juicio, que se desentienden del respeto a los principios informantes de la CDPD—, entre ellos el recurso, una y otra vez, a rezagos del modelo médico-rehabilitador con el que se ha enfocado la discapacidad, al considerar el propio legislador del Código civil la intervención preceptiva de dos facultativos en el acto de otorgamiento del testamento, sobre cuyo dictamen la doctrina siempre ha discutido si resulta o no compulsivo para la autorización por el notario del testamento, a lo cual se le une que ni tan siquiera se ha determinado la especialidad que debieran tener tales facultativos y, para colmo, tampoco es una exigencia legal la propia presencia física de los facultativos en el momento del otorgamiento del testamento⁵¹. Tómese en consideración además que tal extremo no es tenido en cuenta por los autores del Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica redactado por la Sección Primera de la Comisión General de Codificación, con el fin de adaptar este texto legal y otros complementarios a lo dispuesto en el artículo 12 de la CDPD⁵²; particulares todos que, en mi consideración distan, eso sí, del enfoque de derechos humanos que la CDPD da a la discapacidad.

Considerar que el dictamen de los facultativos es una salvaguardia tampoco me convence⁵³. Los facultativos no son contralores del apoyo. En todo caso, resulta suficiente la intervención del notario que —como explicaré más

adelante— sí que actúa como verdadera salvaguarda para evitar captaciones de voluntad o influencias indebidas por el apoyo o los apoyos frente al testador. Los facultativos en el enfoque español actúan con una visión medicalizada de la discapacidad. Se limitan a determinar el discernimiento o la capacidad mental del testador, lo que además resulta verdaderamente discutible si tal valoración tampoco se hace en el momento mismo del otorgamiento, al exigirse en Derecho que la *testamenti factio* activa se aprecie al justo instante del otorgamiento⁵⁴.

Negar hoy en día que las personas con discapacidad intelectual o discapacidad psicosocial, a diferencia del resto de las personas con discapacidad, no puedan otorgar testamento con apoyos es una herejía a la CDPD. Aclaro que no estoy refiriéndome al curador en el sentido en que se ha interpretado en el Derecho español. En tal sentido, concibo los argumentos de la profesora DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, solo en el cometido de que el curador no puede complementar el ejercicio de la capacidad jurídica del testador, como equívocamente admiten varias sentencias de los tribunales de instancia e incluso del Tribunal Supremo español, pero nunca en el entendido de negar los apoyos a los que hace referencia la CDPD; y aquí sí que disiento del parecer defendido por la connotada profesora⁵⁵. Es cierto que el Tribunal Supremo español en su Sentencia de 15 de marzo de 2018 (ponente: PARRA LUCÁN) esclarece en algo el tema, pero no queda claro en la sentencia que sea sacrílego admitir la presencia de apoyos en el sentido de asistentes, auxiliares o colaboradores del otorgamiento del testamento de una persona con discapacidad. Nada priva que sean ellos quienes hayan contribuido a despejar dudas y hasta fomentar la formación de la voluntad testatoria, siempre que no haya influencias indebidas, ni contradicción de intereses. Negar la presencia de redes de apoyos en materia de testamento resulta insólito. Es cierto que se debe precaver la suplantación de la voluntad testamentaria, pero ello no implica ver fantasmas donde necesariamente no deben existir. En todo caso, la buena fe siempre se presume. Por lo tanto, no comparto la tesis de que «es un razonamiento falaz e intolerable, en el ánimo de respetar el mayor ámbito de capacidad posible, si se reconoce un amplio margen de actuación para llevar a cabo negocios patrimoniales *inter vivos* con la asistencia del curador, debería corresponder una mayor aptitud para realizarlos *mortis causa*, y, con el fin de equiparar ambos tipos de actos de disposición se extiende la función de apoyo del curador, siguiendo la terminología al uso, al otorgamiento de testamento»⁵⁶. Nada impide que ello sea posible, negarlo supondría vetar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en razón misma de su discapacidad, y eso es discriminación. «Conviene también insistir en que la necesidad de apoyo y su intensidad, en el marco de la filosofía de la Convención, deben evaluarse atendiendo no solo a parámetros médicos, ni a habilidades funcionales, sino también a factores sociales y lo mismo cabe

afirmar en relación con la modalidad, el nivel y la figura de apoyo considerada pertinente»⁵⁷. Ante los apoyos, también hay salvaguardias y, en todo caso, el deber por el notario de comprobar si la persona ha podido exteriorizar una voluntad testamentaria enteramente libre, ajena a influencias externas, con conocimiento de los efectos jurídicos del acto testamentario.

Un sector de la propia doctrina española, al menos de soslayo, no niega la posibilidad de que se otorguen testamentos abiertos o notariales con apoyos. CAROL ROSÉS afirma el carácter personalísimo del testamento y en tal sentido coincide en que «(e)n la testamentifacción activa no cabe que el curador complete la capacidad del sujeto a curatela, del mismo modo que el tutor no puede testar por el tutelado»⁵⁸, para luego matizar en el sentido de que «si distinguimos entre el proceso de formación de la voluntad y el consentimiento no cabe duda de que tanto el tutor como el curador pueden tener una intervención decisiva en dicho proceso de formación de la voluntad para impedir que un vicio anule el consentimiento, siendo esta una manifestación del necesario apoyo proclamado por la Convención de Nueva York con respecto de personas que aun habiendo sido objeto de alguna medida restrictiva de su capacidad siempre podrán testar si en el momento del otorgamiento gozan de capacidad natural»⁵⁹, y después proponer que «(p)ara el caso de que la persona no se encuentre sujeta a tutela ni a curatela, por no haber sido objeto de una medida restrictiva, pero que se encuentre en situación de vulnerabilidad como puede ser la vejez o el retraso mental leve, sería conveniente introducir una figura con cierto parecido al asistente del Derecho catalán con el fin también de apoyarle en el proceso de formación de la voluntad, con ello se completaría la adecuación de nuestro ordenamiento a la Convención de Nueva York por lo que a la testamentifacción activa se refiere»⁶⁰, o sea, aún con muchas precauciones, no deja de admitir el otorgamiento de testamento con apoyos por determinadas personas con discapacidad intelectual. Según GUILARTE GARCÍA-CALERO, «no cabe desconocer, que el Ordenamiento Jurídico considera que determinados actos, personalísimos, entre los que se encuentra el otorgamiento de testamento, pueden realizarse por personas que precisan determinados apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica, personas con la capacidad modificada judicialmente. En estos casos, el Ordenamiento Jurídico está obligado a consagrar un espacio de capacidad que permita la conclusión de aquellos actos, sin abandonar su función tuitiva y, por tanto, articulando los mecanismos necesarios para que aquellas personas puedan ejercitar su capacidad jurídica sin discriminación y, por tanto, provistas de los apoyos y salvaguardas que garanticen que el acto se concluye libre y voluntariamente, sin influencias indebidas y con plenitud de garantías en orden a provocar los efectos que le son propios»⁶¹.

Por su parte, NÚÑEZ NÚÑEZ, en un estudio sobre la capacidad para testar, concretamente de las personas con discapacidad intelectual, al pasar

revista al artículo 12 de la CDPD con vista a armonizar el ordenamiento jurídico español con dicho texto convencional afirma que «debe siempre intentarse la búsqueda de apoyos para procurar alcanzar la capacidad testamentaria. En esta vía, es interesante la intervención de otras personas que ayuden en la comprensión por el testador de lo que se hace, más un juicio de capacidad externo con la posible asistencia de quienes contribuyan a que el notario pueda analizarla, y que acredite que, así formada, es la voluntad suficiente del testador; se impone el criterio de promoción de la capacidad»⁶². Es decir, la autora admite la posibilidad de los apoyos, con la salvaguardia que el notario supone, e incluso deja entrever el valor del dictamen de los facultativos en tal orden (al cual he hecho referencia en sentido crítico). No obstante, queda claro que para la autora lo que se impone es la promoción de la capacidad de la persona, en lo que puede ser útil y necesario un sistema de apoyos. En tanto MARTÍNEZ MARTÍNEZ arguye como uno de los retos del ordenamiento jurídico español en este orden «el diseño de adecuadas medidas de apoyo para la emisión de una declaración de voluntad *mortis causa* en testamento»⁶³, incluyendo al testamento ológrafo.

En fin, como plantea CUENCA GÓMEZ, «(e)l reconocimiento de la igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad requiere, en efecto, que se cumplan las exigencias de accesibilidad en todos los ámbitos en los que debe ejercerse la capacidad jurídica y donde las dificultades persisten, no se trata de transferir el derecho a decidir a un tercero, sino de poner a disposición de las personas los ajustes y apoyos individualizados necesarios [...] para que la persona pueda tomar sus propias decisiones»⁶⁴. Esta autora nos pone a pensar una y otra vez sobre la manera en que debemos asumir el sistema de apoyos en actos incluso de naturaleza personalísima como el testamento. «La capacidad natural exigida [...] para la realización de actos personalísimos debe desvincularse de referencias a la ‘competencia mental’ y definirse en términos neutrales en relación con la discapacidad y las deficiencias»⁶⁵. En este ámbito de los derechos personalísimos, donde se incluye el derecho a testar, «se proyecta también el derecho general a los apoyos y al establecimiento de un plan personalizado que tratan de facilitar la conformación, expresión y comunicación de esa voluntad. Los funcionarios y autoridades que intervengan en estos actos deben velar por el buen funcionamiento de las medidas y planes de apoyo»⁶⁶.

IV. ¿TESTAMENTO OLÓGRAFO CON APOYOS?

Sin dudas, el otorgamiento de un testamento ológrafo, enteramente privado, fuera del alcance del asesoramiento técnico y del juicio de capacidad del notario, sin la intervención de testigo, multiplica los riesgos de

voluntades captatorias o influencias indebidas en el testador, amén de otros vicios de la manifestación de voluntad como el error o el fraude. Si se trata de un testador vulnerable como los ancianos o las personas en situación de discapacidad, el riesgo crece exponencialmente. Además —como ya se ha expresado—, para la ejecución del testamento es *conditio sine qua non* acreditar el fallecimiento del testador, quien nada puede esclarecer.

El testamento ológrafo es la expresión más clara de un acto trascendente en la vida de una persona, personalísimo y enteramente privado. Por ello tendremos que ser cautelosos en la admisión de ciertos apoyos, que no niego puedan ser utilizados como apoyos tecnológicos, o mecánicos o incluso humanos. Si en Códigos civiles como el peruano expresamente se admite el uso del braille para este tipo de testamento⁶⁷, nada impediría que pudieran emplearse otros medios de comunicación tecnológica que faciliten a personas con discapacidad exteriorizar su voluntad e incluso también apoyos personales. Compete a los juristas crear herramientas legales que permitan que las personas con discapacidad puedan acceder a toda la tipología testamentaria, sin discriminación, sin dejar de observar las formalidades que al efecto establezcan las normas jurídicas y las cautelas para evitar suplantación o sustitución de voluntad, o lo que es peor, la redacción de un testamento de autoría putativa. Algunas de estas cautelas ya se han introducido por determinados cuerpos legales para evitar, *v. gr.*, influencias indebidas de cuidadores de los ancianos en los centros geriátricos⁶⁸ o incluso se prevén en un futuro⁶⁹.

1. EL CASO DEL TRIBUNAL DE VARESE

Por lo peculiar y quizás poco usual del caso y por las enseñanzas que ofrece, tratándose de un testamento ológrafo, por demás con apoyos, vale la pena hacer alusión a este asunto, fallado por un tribunal italiano (Tribunal de Varese, decreto de 12 marzo de 2012, juez tutelar: G. Buffone). El 17 de enero de 2012, a través del Decreto núm. 332/2012, se estableció a favor de una persona con discapacidad una administración de apoyo, según el Derecho italiano, designándose a tal efecto a su hermana, quien por tal razón le ayudaría en actividades administrativas y de gestión. La persona beneficiaria de la administración de sostén o de apoyo estaba afectada por una esclerosis lateral amiotrófica (ELA)⁷⁰, que le había comenzado a principios de 2005. En el año 2012, dicha persona se encontraba sujeta a respiración mecánica mediante traqueotomía y a nutrición enteral. No obstante, las investigaciones médicas arrojaron que dicha persona estaba perfectamente alerta, consciente y bien orientada. Sin embargo, presentaba tetraparesia grave, razón por la cual no podía usar sus extremidades. El 16 de febrero de 2011 es escuchado

por el juez en su casa, lugar en el que se comprobó tenía un comunicador ocular que le permitía expresarse. En la ocasión declaró estar al tanto del procedimiento de apoyo que se estaba sustanciando y solicitó designar a su hermana como administradora, lo cual hace colegir que se trataba de una persona perfectamente capaz de comprender y querer y, gracias al apoyo de las nuevas tecnologías, también podía expresar su voluntad y comunicarla a terceros sin ningún problema. Por razón de su imposibilidad física, se veía impedido de otorgar testamento, por lo tanto, solicita que el beneficiario de sostén, en sustitución de él, pueda firmar su última voluntad a través del comunicador ocular, pero estando en sus deseos nombrar entre los herederos a su propia hermana, administradora de sostén, también propuso al juez evaluar la posible designación de un curador especial a tal fin.

Según se expresó en el mencionado decreto, *«el paciente con ELA conserva intacto su núcleo de la voluntad: y, sin embargo, mientras ‘puede’, es encerrado en una corteza física atacada por la enfermedad que lo impide externalizar, con canales típicos, la propia voluntad»*. Todo ello hace que para hacer frente a esa «prisión» física en la que se encuentran los pacientes con ELA, la tecnología ha brindado y puesto en el mercado comunicaciones alternativas que permiten al paciente la comunicación a través de formas no verbales —tal y como potencia la CDPD—, entre ellos el comunicador ocular, que permite señalar con el ojo, a través del control ocular, único movimiento aún controlable por el paciente que padece esta enfermedad; credibilidad científica de dicho comunicador que está reconocida internacionalmente, de ahí su alto costo, que no lo hace accesible a todos los pacientes. El decreto deja dicho también, con un lenguaje convencional y de derechos humanos, a partir del cual enarbola el derecho de toda persona a ejercer en igualdad de condiciones con los demás el ejercicio de su capacidad jurídica que *«(e)l reconocimiento de la importancia de la comunicación no verbal, a través de leer el movimiento del ojo, sin embargo, no constituye solo un medio de externalización (también legal) de la voluntad, sino un acto de respeto y celebración de la dignidad del paciente, quien solo de esta manera puede volver a ser un participante de la sociedad, de la familia, de sus afectos y, sobre todo, solo de esta manera puede volver a tener control sobre su vida, a través de una revelación clara y precisa de cada voluntad y deseo»*. En tal sentido, el Tribunal hace alusión en sus fundamentos jurídicos a la CDPD (letra n del preámbulo y el artículo 4, relativo a la accesibilidad de la comunicación, el derecho a la comunicación de las personas con discapacidad).

A la luz de las tales consideraciones, el Tribunal señaló que el paciente disfruta del derecho de comunicar sus deseos y también tiene derecho a que ello se haga efectivo, en el sentido de que, en caso de imposibilidad de acceso a los formularios previstos por la ley para beneficiarios de ciertos derechos, se introduzcan medidas para evitar el estancamiento y, por lo tanto, la discriminación, según la enfermedad.

Sobre esa base, el Tribunal dispuso que si un paciente con ELA desea testar, la patología no puede ser la razón que se lo impida, pues ello supondría una discriminación por razón de su enfermedad, inaceptable por demás, pues conculcaría los compromisos internacionales asumidos por el Estado y también los artículos 2 y 3 de la Constitución italiana, que no distinguen el acceso a derechos constitucionales basados en la capacidad o no de poder escribir o moverse (especialmente cuando la persona esté totalmente con la aptitud de entender y querer). Por tal motivo el Tribunal dispone, a favor de la persona, la activación de mecanismos legales de ‘sustitución’ (apoyos y salvaguardias), a través de los cuales el administrador de sostén recogería la voluntad de la persona con discapacidad, firmando los documentos en nombre de él, conforme con los deseos recopilados, según lo previsto para esta figura jurídica (de conformidad con el artículo 409 párrafo I del *Codice*).

Para superar la tesis de la naturaleza personalísima del acto testamentario, que choca como iceberg contra lo expuesto, el Tribunal arguye que el derecho de testar cae en la categoría de derechos personalísimos, según la doctrina tradicional que lo sitúa como un derecho solo ejercitable por su titular. Empero —sostiene el Tribunal—, tal tesis se ha desmoronado en los últimos tiempos como consecuencia del impulso de la doctrina y sobre todo de la jurisprudencia, «*que no excluye la posibilidad de un reemplazo también en las situaciones legales subjetivas con sustrato existencial*». Apunta también el Tribunal que como enseña la doctrina más reciente, la administración de apoyo se erige como «*una persona que acompaña a las opciones existenciales*», «*(e)n otras palabras, se trata de llegar a una interpretación que mejora la autonomía de los sujetos débiles en una perspectiva en el sentido de hacer efectivo el ejercicio de los derechos*».

Ante el formalismo y el positivismo jurídico que en materia sucesoria suponen las formalidades del testamento ológrafo, a saber: que sea escrito íntegramente por el testador, con su propia letra, fechado y firmado, el Tribunal, aplicando normas supranacionales, opta por la solución «*que salvaguarda el derecho del incapaz de llevar a cabo sus actos personalísimos y le da una herramienta flexible y plástica para que esto suceda: si se alega que el incapaz no puede ser reemplazado por el administrador en la realización de los actos más personales, entonces uno debería aceptar, de hecho, que las personas vulnerables pierden, en términos concretos, esos derechos, ya que ya no los ejercen. Tesis que ya no es aceptable a la luz del cambio en el marco constitucional, comunitario e internacional*».

De este modo, también expresa que en cuanto al caso en concreto, respecto «*a los pacientes con ELA equipados con un comunicador ocular (‘suerte entre los desafortunados’), por lo tanto, debe admitirse que el administrador puede recoger el testamento [...], volver a ponerlo en forma escrita en un acto formal firmado, de conformidad con el artículo 409 del Código civil, en*

nombre y por cuenta del beneficiario (del que está sujeto al administrador de sostén) [...] De esta manera, en resumen, el administrador se convertirá en la herramienta del beneficiario (testador) para hacer una voluntad holográfica válida».

Tratándose el caso de aquel en que el administrador de sostén era uno de los presuntos herederos, el tribunal aplicó la salvaguardia de designar un curador especial que proporcionara la misma ayuda al testador, y a tales efectos dispuso además que:

1. El curador iría a la casa de la persona con discapacidad (antes del 31 de marzo de 2012) y, en presencia del administrador de sostén, le preguntaría la posibilidad de redactar (en vídeo), con el comunicador ocular, su voluntad. El curador debería recopilar la representación de la pantalla fotográfica. El curador informaría además de los deseos del beneficiario (testador) mediante documento escrito de su propia mano, según las formas a que se refiere el artículo 602 del *Codice*, de modo que cada hoja sería firmada de la siguiente manera: *«el editor abajo firmante Avv. ... en representación sustituta de... y en su nombre, de conformidad con el artículo 409 del Código civil italiano, justo decreto del Tribunal de Varese de 12 de marzo de 2012».*

2. El curador depositaría el testamento en la propia casa del testador, en el lugar indicado por él, y una copia de este, con las representaciones fotográficas, se depositaría en el expediente del caso. En ese momento, la curaduría especial abierta cesaría.

3. El administrador de sostén sería el responsable de recoger cualquier revocación o cambios al testamento, informando al juez tutelar que hiciera los arreglos a la colección de nuevas voluntades, donde ocurrieron.

A pesar de que la crítica a esta decisión judicial no se hizo esperar⁷¹, sobre la base del quebrantamiento del principio de legalidad, pues como dispone el artículo 101 de la Constitución italiana, los jueces están sujetos únicamente a la ley, no cabe duda de que ella apuesta por una jurisprudencia creativa, capaz de dar una solución en la que la justicia material del caso se impone al formalismo jurídico. Las normas legales italianas —como la mayoría de nuestros ordenamientos jurídicos— no superan un control de convencionalidad. Y mientras, se siguen negando a las personas con discapacidad el ejercicio de sus derechos, sobre la base de la preeminencia de formas y formalidades como las alegadas como bandera por la doctrina en sede de testamento ológrafo. Se le critica también en tanto el «Tribunal no tiene el poder de crear reglas jurídicas; por lo tanto, no se puede dudar de que la decisión en cuestión no puede, en su dispositivo, tener la fuerza para dictar nuevas reglas sobre la forma y formalidad de la voluntad holográfica. Cuya disciplina permanece, exclusivamente, y de manera rigurosa,

sancionada y colocada en la norma a que se refiere el artículo 602 del Código civil italiano»⁷².

Nuevamente también se invoca en la crítica formulada al decreto, la vulneración flagrante del personalismo testamentario⁷³, el que a mi juicio no se quebrantó, pues en definitiva el curador especial fue solo la mano ejecutora de la voluntad del testador, la mano que por razón de la enfermedad tenía atrofiada el testador, que consciente, alerta y lúcido, a través del comunicador ocular —que por una razón u otra tenía en su poder, cualquiera sea su costo económico— pudo transmitir esa voluntad testamentaria, que simplemente el curador *ad hoc*, judicialmente designado, se limitó a volcar con las formalidades que el Código civil exige para este tipo de testamento. Se trata pues de invocar una interpretación de los preceptos legales contenidos en los códigos civiles en materia testamentaria, más allá de lo que la civilística ha afirmado con una visión herméticamente privatista, diría químicamente pura, alejada de la hermenéutica convencional sustentada en un enfoque social y un lenguaje de derechos humanos.

V. CAPACIDAD PARA TESTAR, APOYOS Y SALVAGUARDIAS

Junto a los apoyos, la CDPD ha previsto en su artículo 12.4 la figura de las salvaguardias, como natural contralor de los apoyos para evitar conflictos de intereses, influencias indebidas y también, en el lenguaje jurídico tradicional, voluntades captatorias, lo cual puede ser más frecuente en los testamentos otorgados por personas vulnerables, como ancianos y personas en situación de discapacidad. Las salvaguardias —según la ya citada Observación general núm. 1— tienen como principal objetivo «*garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona*» y «*proporcionar protección contra los abusos, en igualdad de condiciones con las demás personas*».

Las salvaguardias suelen ser vistas desde el prisma judicial (*v. gr.*, la prevista en el art. 696.9 CC de Perú, en el sentido de que será el juez el que con carácter previo al otorgamiento del testamento ante notario, autorizará que el apoyo del testador pueda resultar beneficiado con dicho testamento)⁷⁴, pero también existen en el ámbito de actuación extrajudicial en el que se ejercita la facultad de testar, estas «se proyectan sobre los mecanismos de apoyo, orientándose a evitar los abusos [...] no deben ser contempladas como elementos orientados a regularizar y a racionalizar el modelo de sustitución, sino que su papel es, precisamente, evitar que los mecanismos de apoyo se conviertan en mecanismos de sustitución»⁷⁵. Su brújula ha de ser la protección de los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas. Por ello se ha sustituido el principio del mejor interés de la persona

en situación de discapacidad por el de la voluntad y las preferencias de la persona⁷⁶. A ellas se deben dirigir todos los esfuerzos tanto de los apoyos como los controles que las salvaguardias suponen pues «(e)sa es la función de la salvaguardia: custodiar el correcto funcionamiento de la medida de apoyo, cuidando, fundamentalmente, que la persona con discapacidad no vea suplida su voluntad por quien tiene a su cargo el desempeño de la función de apoyo»⁷⁷.

1. EL NOTARIO COMO *RECHTSWAHRER* O SALVAGUARDIA EN EL OTORGAMIENTO DEL TESTAMENTO CON APOYOS

En el ámbito testamentario, no cabe duda de que el testamento abierto o notarial, al ser el de mayores garantías para el testador, resulta el más utilizado. En tal sentido, el notario ante el cual se otorgue un testamento con apoyos, será sin duda alguna la mejor salvaguardia posible. Su función no solo será de informar, asesorar, esculpir a través de la mayéutica socrática la voluntad testamentaria, sino también la de controlar la indebida influencia del apoyo o de los apoyos sobre el testador, y no solo de los apoyos. El notario debe velar por que la manifestación de voluntad testamentaria se externalice libre de todo vicio. El testamento debe expresar la libre voluntad del testador.

«La intervención del notario es garantía para todas las personas del pleno respeto de su libertad y autonomía, en el campo de las relaciones jurídico privadas, evitando con su actuación influencias indebidas en la formación de la voluntad negocial»⁷⁸, es «medio idóneo para garantizar y hacer efectivos los derechos de las personas necesitadas de especial protección, a fin de que puedan ejercitar con garantías su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones»⁷⁹.

Como ya en otra ocasión he expresado, «Precisamente la fe pública de la que están dotados los documentos en razón de su autor hace que el acto o negocio jurídico instrumentado tenga autenticidad formal y material, es un acto perfecto en un documento, igualmente perfecto. El notario crea un documento dotado de blindaje, solo destruible por razón de una falsedad declarada judicialmente. Esa fe pública impuesta por ley, es verdad oficial, en el sentido de que no se llega a ella por un proceso de convicción, de libre albedrío, sino por razón de un imperativo jurídico que compele a tener por ciertos e indubitados ciertos hechos o actos, sin que la sociedad pueda dudar sobre la verdad objetiva ínsita en ellos»⁸⁰. El Derecho busca la garantía debida con la actuación notarial, nadie mejor que el notario para cumplir con el mandato de la Convención (art. 12.4), en el sentido de «impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional de los dere-

chos humanos». Por esa razón, como expresa RODRÍGUEZ ADRADOS, «Ni el legislador cuando ordena o fomenta la documentación notarial, ni los particulares cuando espontáneamente acuden al Notario, van buscando solamente un documento perfecto formalmente, sin importarles la eficacia o ineficacia, las virtudes o los vicios o defectos del negocio contenido en él [...] y esto es lo que el Notario y el documento notarial han de procurar darles; no solo el *nomen verum* de la certeza formal, sino el *nomen bonum* de su contenido [...] Solo así el Notario [...] podrá controlar en profundidad, desde dentro, la legalidad del negocio, en un sentido positivo, ser verdaderamente, como dicen los alemanes, *Rechtswahrer*, guardián del Derecho; y solo así se conseguirá, incluso, que la misma fe pública no se convierta en mera caricatura, al acuñar una voluntad de las partes que sin duda ‘es’ su voluntad, pero que no ‘sería’ tal voluntad de haber estado debidamente informadas y asesoradas»⁸¹, lo cual en sede de personas con discapacidad toma particular relieve.

De este modo, en el testamento abierto o notarial es el notario la mejor salvaguardia. Y ello no quiere decir, como se dice incluso en la *Guía notarial...*, que el notario no sea un apoyo institucional. Lo es, el concepto de apoyos es muy amplio. Y el notario desempeña una labor de asesoramiento, información e incluso puede contribuir a la formación de la voluntad testamentaria, alejando al testador de abusos o influencias indebidas. Pero si el testador concurre ante él con apoyos extrajudiciales o incluso judicialmente dispuestos, el notario, más que como apoyo, actúa como contralor o salvaguardia⁸². Es una garantía que ofrece el Estado para que la persona con discapacidad pueda ejercer sus derechos y expresar su voluntad conforme con sus preferencias y libre de cualquier influencia externa, incluida la que pudiera ejercer el propio apoyo. O sea, «la obligación general de salvaguardar el buen funcionamiento del sistema de apoyos —la inexistencia de abusos, y de influencia indebida, el respeto a la voluntad y preferencias de la persona apoyada— no solo recae en los jueces y en el Ministerio Fiscal, sino también en diferentes autoridades, funcionarios u operadores —Notarios, Registradores [...]»⁸³. La propia *Guía notarial...* reconoce también que actúa como salvaguardia en un doble sentido: «positivo, para respetar los derechos, voluntad y preferencias, y en un sentido negativo, para impedir abuso e influencia indebida». Y entre sus recomendaciones establece que compete al notario —a mi juicio como salvaguardia, más que como apoyo—, la «comprobación de que el apoyo no es sustitutivo, ya sea porque fuerce o retuerza la voluntad de la persona con discapacidad, bien porque no intente ayudar a formar y expresar esa voluntad, y se convierta en una expresión unilateral de la persona que presta apoyo, ante una actitud ausente y desentendida por parte de la que tiene discapacidad»; el »(c)ontrol [...] de que el apoyo sea aceptable y suficiente para que la persona con

discapacidad se forme su propio consentimiento»; «calificar el resultado final de la actuación con apoyos; en caso de juicio negativo puede y debe denegar su autorización si considera que no concurre una voluntad coherente, libre, consciente e informada».

Extremos todos —los apuntados anteriormente— que en perfecta sintonía son aplicables en sede testamentaria y que con especial énfasis también explica ALFARO GUILLÉN —si bien en materia de testamento del anciano— al apuntar que compete al notario la «(v)igilancia de la supremacía de la autonomía de la voluntad: descartar las influencias captatorias por la proclividad a vicios en la manifestación de voluntad [...], mediante algunas alternativas de comprobación:

- a) la indagación profunda del notario para evitar discordancias inconscientes entre lo que dispone el compareciente y su querer interno, con especial atención en las motivaciones del autor del acto;
- b) preguntas de confirmación;
- c) énfasis en los efectos del clausulado como parte de la función asesora»⁸⁴.

Todo ello sí, pero sobre la base de ser el principal guardián de la libertad y legalidad del acto testamentario, en tanto «(s)u formación profesional le permite además, verificar la única pauta que modula la actuación de la persona con discapacidad: la comprobación de su autonomía personal y la utilización precisa de los apoyos que sean menester»⁸⁵.

VI. A MODO CONCLUSIVO: EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA PARA TESTAR TAMBIÉN FORMA PARTE DE UNO DE LOS ASPECTOS DE LA VIDA

El artículo 12.2 de la CDPD deja bien claro que «*las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*». La norma no distingue y ello es un aspecto medular para poder entender el verdadero sentido y alcance de este precepto, esencial para la comprensión del modelo social de derechos humanos, de modo que la capacidad es una sola y se ejerce o bien por la persona por sí misma, o a través de mecanismos de apoyo de la más diversa naturaleza y matices.

El ejercicio de la capacidad jurídica se erige en un derecho humano de necesario reconocimiento por los Estados signatarios de la Convención y desde el Derecho civil hay que visualizar esta dimensión. Una formulación extremadamente civilista de ello, en los cánones tradicionales en los que se

ha diseñado, daría al traste con los esfuerzos que ha supuesto la Convención para el logro del ejercicio de los derechos de las personas en situación de discapacidad, cuya pieza clave es el reconocimiento a todas las personas por igual de la capacidad jurídica.

El ejercicio del derecho a testar, como parte esencial del fenómeno sucesorio que ha de entenderse protegido en su sentido genérico en el apartado 5 del propio artículo 12 convencional, compete a todos, siempre que la persona pueda comprender el sentido y alcance del acto y cuáles son sus efectos jurídicos. Impedirles a las personas en situación de discapacidad el otorgamiento de testamento a través del sistema de apoyos, so pretexto del carácter personalísimo del acto testamentario, supondría negar la verdadera esencia de los apoyos, ya sean extrajudiciales o judiciales, siempre que su función sea en todo caso no sustitutiva de la voluntad y sí de acompañamiento, asesoramiento, auxilio, atendiendo a su autonomía, sus preferencias, y en pos del ejercicio de su capacidad jurídica, a la vez que expropiarles el derecho a sus titulares.

Se hace necesario entonces transitar hacia un nuevo modelo en el que los actos de naturaleza sucesoria no pueden ser excluidos. Este cambio de paradigma al que estamos abocados no solo estará condicionado por reformas legales, sino por cambios en la visión del fenómeno desde su proyección social. No se olvide «que el Derecho no es lo que está escrito en la ley sino lo que vive en la sociedad»⁸⁶.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- Sentencia del Tribunal Constitucional alemán 1999 (*BVerfGNJW*, 1999, 1853).
- STS España, Sala Civil de 14 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4755).
- STS España, Sala Civil de 20 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4900).
- STS España, Sala Civil, de 4 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5138).
- STS España, Sala civil, de 15 de marzo de 2018 (146/2018) (ponente PARRA LUCÁN, *ROJ*: 936/2018).
- STS Cuba, Sala de lo civil y de lo administrativo, núm. 766 de 19 de diciembre de 2002 (ponente BOLAÑOS GASSÓ).
- STS Cuba, Sala de lo civil y de lo administrativo, núm. 430 de 15 de julio de 2003 (ponente BOLAÑOS GASSÓ).
- STS Cuba, Sala de lo civil y de lo administrativo, núm. 210 de 29 de marzo del 2005 (ponente BOLAÑOS GASSÓ).
- STS Cuba, Sala de lo civil y de lo administrativo del Tribunal Supremo, núm. 818, de 23 de septiembre de 2005 (ponente ARREDONDO SUÁREZ).

- STS Cuba, Sala de lo civil y de lo administrativo del Tribunal Supremo, núm. 826, de 26 de diciembre de 2005 (ponente ARREDONDO SUÁREZ).
- STS Cuba, Sala de lo civil y de lo administrativo núm. 714 de 25 de octubre de 2006 (ponente CARRASCO CASI).
- STS Cuba, Sala de lo civil y de lo administrativo núm. 113 de 30 de abril de 2010 (ponente ARREDONDO SUÁREZ).
- STS Cuba, Sala de lo civil y de lo administrativo núm. 479 de 15 de diciembre de 2011 (ponente ACOSTA RICART).
- STS Cuba, Sala de lo civil y de lo administrativo núm. 644 de 30 de septiembre de 2014 (ponente DÍAZ TENREIRO).
- STS Cuba, Sala de lo civil y de lo administrativo, núm. 49 de 31 de enero de 2019 (ponente VALDÉS ROSABAL).

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ACEDO PENCO, Á., *Derecho de sucesiones. El testamento y la herencia*, Dykinson, Madrid, 2014.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho civil V – Derecho de sucesiones*, 7.^a edición, Bosch, Barcelona, 1997.
- ALDERETE, C.M., El sistema de apoyos en la toma de decisiones de las personas con discapacidad. Propuestas y comentarios, *Infojus*, 14 de septiembre de 2015, Id SAIJ: DACF150503, www.infojus.gov.ar, consultado el 10 de mayo de 2020.
- ALFARO GUILLÉN, Y., El otorgamiento de testamento durante la vejez: recomendaciones de *lege data* para la autorización notarial en Cuba, en *Homenaje a José María Castán Vázquez. Liber amicorum*, Tirant lo Blanch-Consejo General del Notariado, Madrid, 2019, 1397-1431.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., *Derecho de sucesiones*, Instituto Pacífico, Lima, 2018.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. de. Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tienen su capacidad modificada judicialmente, *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, julio-agosto de 2018, 3-37.
- Derecho de sucesiones y discapacidad. Retos y cuestiones problemáticas, en Cristina de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ y María MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones y discapacidad. Retos y cuestiones problemáticas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2020, 11-105.
- BARBA, V., Testamento olografo scritto di mano dal curatore del beneficiario di amministrazione di sostegno, *Famiglia, Persone e Successioni*, núm. 6, giugno 2012.
- BELLOCH ORTÍ, C., Tecnologías de ayuda: sistemas alternativos de comunicación, disponible en www.uv.es/bellohc/pdf/pwlogo5.pdf, consultado el 2 de mayo de 2016, 4-6.
- BERROCAL LAZAROT, A.I., La capacidad y voluntad de testar dos pilares fundamentales en la sucesión testada, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 94, núm. 770, 2018, 3339 a 3371.

- CAROL ROSÉS, F., Una revisión desde la doctrina y la jurisprudencia de la testamentifacción de las personas con la capacidad judicialmente modificada y con discapacidad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 764, 3242-3265.
- CISTERNA REYES, M.^a S., Desafíos y avances en los derechos de las personas con discapacidad: una perspectiva global, *Anuario de Derechos humanos*, núm. 11, 2015, 17-37.
- CORVO LÓPEZ, F.M.^a, La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual, *Revista de Derecho Civil*, volumen VI, núm. 4 (octubre-diciembre, 2019), 135-170, disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, consultada el 14 de mayo de 2020.
- CUENCA GÓMEZ, P., El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española, *REDUR* 10, diciembre de 2012, 61-94.
- La configuración de los apoyos, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, ponencia presentada en la Conferencia ALFA: Discriminación y grupos en situación de vulnerabilidad: género y discapacidad (2, 3 y 4 de septiembre de 2014, Lima, Perú), disponible en <https://idehpucp.edu.pe>, consultada el 12 de mayo de 2020.
- DÍAZ ALABART, S., *El testamento ológrafo de las personas mayores dependientes: problemas y posibles soluciones*, Foro de debate jurídico, Reus, Madrid, 2018.
- DÍEZ GÓMEZ, A., La supresión de los testigos en los testamentos, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 2, abril-junio de 1992, 43-68.
- ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho civil español*, volumen V – Sucesiones, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957.
- FERNÁNDEZ ARCE, C., *Manual de Derecho sucesorio*, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014.
- FERRER, F.M., *Cuestiones de Derecho civil. Familia y sucesiones*, con la colaboración de Francisco A.M. Ferrer, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1979.
- GARCÍA RUBIO, M.^a P., Algunas propuestas de reforma del Código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil, *Revista de Derecho Civil*, volumen V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, 173-197, 177, disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, consultada el 16 de mayo de 2020.
- GIAVARINO, M.B., La recepción del sistema de apoyos en el nuevo Código civil y comercial, en *Estudios de Derecho privado: comentarios al nuevo Código civil y comercial de la Nación*, Liliana Abreut de Begher... [et al.]; compilado por Graciela C. Wüst, 1.^a edición adaptada, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, 115-129.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., Capacidad para testar de persona sometida a curatela: Contenido de la sentencia de modificación de la capacidad de obrar y alcance del artículo 665 del Código civil. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 (146/2018), en Mariano Izquierdo Tolsada (coord.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, volumen 10, 2018, 453-466.

- IGLESIAS FRECHA, J.M., Consideraciones jurídicas sobre la implementación legal de un sistema de apoyos a favor de las personas con discapacidad, *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, volumen 2 (2), 2018, 27-50.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.*, *Elementos de Derecho civil V – Sucesiones*, 4.ª edición, revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2009.
- LANATTA, R.E., *Derecho de sucesiones*, tomo II, 3.ª edición, Desarrollo, Lima, 1993.
- LORENZO ÁLVAREZ, L., Los sistemas alternativos y/o aumentativos de comunicación: la comunicación bimodal como recurso en el aula de audición y lenguaje, *Trabajo de fin de grado*, Facultad de Educación y Trabajo Social, Universidad de Valladolid, s.f., disponible en <https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/3923/1/TFG-G%20296.pdf>, consultada el 4 de mayo de 2016
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.ª, Sucesión intestada, atribuciones “ex lege” y protección de las personas con discapacidad, en Cristina de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ y María MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones y discapacidad. Retos y cuestiones problemáticas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2020, 107-174.
- MEJÍA ROSASCO, R., La reforma de la capacidad de la persona en la legislación civil y notarial en el Perú: La implementación de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, en *Derechos e integración*, revista del Instituto de Derecho e integración, Colegio de escribanos de la provincia de Santa Fe, núm. 14, año X, 2019, 27-52.
- MONJE BALMASEDA, Ó., La delación testamentaria. El testamento como negocio jurídico y la capacidad para testar, en Francisco Lledó Yagüe – Ramón Herrera Campos (dirs.), Oscar Monje Balmaseda (coord.), *Sistema de Derecho civil. Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2002, 73-93.
- NÚÑEZ NÚÑEZ, M.ª, La persona con discapacidad intelectual ante el otorgamiento de testamento abierto notarial, en Montserrat Pereña Vicente (dir.), Gloria Díaz Pardo y María Núñez Núñez (coords.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Dykinson, Madrid, 2018, 511-527.
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho civil*, tomo V – *Derecho de sucesiones*, 2.ª edición, corregida y puesta al día, ed. Revista de Derecho Privado, EDESA, Madrid, 1987.
- OLMO, J.P. y MARTÍNEZ ALCORTA, J., Artículo 12 CDPD: medidas de apoyo y de salvaguardia. Propuestas para su implementación en el régimen jurídico argentino, 8, disponible en www.articulo12.org.ar, consultada el 12 de mayo de 2020.
- OLMO, J.P., PRACH, E.M., Distinción entre medidas de apoyo y de salvaguardia. Comentario al fallo «C., H. M. s/Declaración de insania», *Revista de Derecho de Familia y Sucesiones*, Buenos Aires, núm. 6, diciembre de 2015, 30-12-2015, cita online: IJXCIV-828.
- PALACIOS, A., La configuración de los sistemas de apoyo en el contexto de la accesibilidad universal y los ajustes razonables, *paper* presentado en el Congreso internacional «Madrid sin barreras: Accesibilidad, ajustes y apoyos», A diez años de la promulgación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, 24 y 25 de mayo de 2016, Universidad Carlos III de Madrid (Getafe), disponible en www.madridsinbarreras.org, consultada el 14 de mayo de 2020.

- PELOSI, C.A., *El documento notarial*, 3.^a reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1997.
- PEREÑA VICENTE, M., La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad, en Montserrat Pereña Vicente (dir.), Gloria Díaz Pardo y María Núñez Núñez (coords.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Dykinson, Madrid, 2018, 119-141.
- PÉREZ GALLARDO, L.B., El notario: función de autoridad pública, en *Ensayos de Derecho Notarial*, Gaceta Notarial, Lima, 2011, 13-36; «Testamento ológrafo y cerrado en braille en el Derecho peruano: Luces en el horizonte de las personas con discapacidad visual», *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 2017; *Ley núm. 59/1987, Código civil de la República Cuba, anotado y concordado*, 5.^a edición, ediciones ONBC, La Habana, 2019.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, A., El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad, *Revista de Derecho Notarial*, Colegios Notariales de España, año XVII, núm. CVII, enero-marzo, 1980, 255-409.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, F., El testamento y la futura reforma del Código civil en materia de discapacidad: algunas reflexiones, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, junio 2019, 346-373.
- ROMERO COLOMA, A.M.^a, El testador anciano y los problemas de la testamentifacción activa, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 85, núm. 713, 2009, 1213-1234.
- SERRANO DE NICOLÁS, Á., *Derecho de familia y sucesiones*, ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2016.
- SESTA, M., última lección de *Derecho familiar* en la Escuela de ciencias jurídicas, Universidad de Bolonia, Italia, el 22 de abril de 2020, con motivo de cierre de su vida universitaria por jubilación (cortesía del autor).
- SUÁREZ FRANCO, R., *Derecho de sucesiones*, 2.^a edición, Temis, Bogotá, 1996.
- TANTALEÓN ODAR, R.M., La discapacidad. Anotaciones al Decreto Legislativo 1384, *Derecho y cambio social*, núm. 56, abril de 2019, 199-229.
- TORRES GARCÍA, T.F. y GARCÍA RUBIO, M.^aP., *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014.
- VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, tomo V — *Derecho de sucesión mortis causa*, Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1916.
- VARSÍ-ROSPIGLIOSI, E., TORRES MALDONADO, M.A., El nuevo tratamiento del régimen de la capacidad en el Código civil peruano, en *Acta Bioethica*, núm. 25 (2), 2019, 199-213.
- VAQUER ALOY, A., La protección del testador vulnerable, en *Libertad de testar y libertad para testar*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018.
- VILLAFUERTE CLAROS, A., *Derecho de sucesiones*, tomo II - *Parte especial*, Imprenta Riverijos Ltda., La Paz, 1995, 125.
- ZANNONI, E.A., *Manual de Derecho de las sucesiones*, 4.^a edición, actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1999.
- ZÁRATE DEL PINO, J.B., *Curso de Derecho de sucesiones*, Palestra editores, Lima, 1998.

NOTAS

¹ GIAVARINO, Magdalena Beatriz, La recepción del sistema de apoyos en el nuevo Código civil y comercial, en *Estudios de Derecho privado: comentarios al nuevo Código civil y comercial de la Nación*, Liliana Abreut de Begher... [et al.]; compilado por Graciela C. Wüst, 1.ª edición adaptada, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, 115-129, 115.

² ALDERETE, Claudio Marcelo, El sistema de apoyos en la toma de decisiones de las personas con discapacidad. Propuestas y comentarios, *Infojus*, 14 de septiembre de 2015, Id SAIJ: DACF150503, www.infojus.gov.ar, consultado el 10 de mayo de 2020.

³ *Ibidem*.

⁴ CUENCA GÓMEZ, Patricia, La configuración de los apoyos, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, ponencia presentada en la Conferencia ALFA: Discriminación y grupos en situación de vulnerabilidad: género y discapacidad (2, 3 y 4 de septiembre de 2014, Lima, Perú), disponible en <https://idehpucp.edu.pe>, consultada el 12 de mayo de 2020.

⁵ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, Derecho de sucesiones y discapacidad. Retos y cuestiones problemáticas, en Cristina de Amunátegui Rodríguez y María Martínez Martínez, *Derecho de sucesiones y discapacidad. Retos y cuestiones problemáticas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2020, 11-105, 20.

⁶ CUENCA GÓMEZ, P., La configuración..., *cit*.

⁷ OLMO, Juan Pablo y Julio MARTÍNEZ ALCORTA, Artículo 12 CDPD: medidas de apoyo y de salvaguardia. Propuestas para su implementación en el régimen jurídico argentino, 8, disponible en www.articulo12.org.ar, consultada el 12 de mayo de 2020.

⁸ CISTERNA REYES, María Soledad, Desafíos y avances en los derechos de las personas con discapacidad: una perspectiva global, *Anuario de Derechos humanos*, núm. 11, 2015, 17-37, 19.

⁹ *Vid.*, entre otros tantos, VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de Derecho civil español*, tomo V – *Derecho de sucesión mortis causa*, Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1916, 52-53; ESPIN CÁNOVAS, Diego, *Manual de Derecho civil español*, volumen V – *Sucesiones*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, 135; LACRUZ BERDEJO, José Luis, et al., *Elementos de Derecho civil V – Sucesiones*, 4.ª edición, revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2009, 167; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Curso de Derecho civil V – Derecho de sucesiones*, 7.ª edición, Bosch, Barcelona, 1997, 210; ROMERO COLOMA, Aurelia María, El testador anciano y los problemas de la testamentifacción activa, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 85, núm. 713, 2009, 1213-1234, 1227; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José A., *Derecho de sucesiones*, Instituto Pacífico, Lima, 2018, 293 y 295; SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, *Derecho de familia y sucesiones*, ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2016, 276 y 333; ZANNONI, Eduardo A., *Manual de Derecho de las sucesiones*, 4.ª edición, actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1999, 592 y 602; FERRER, Francisco M., *Cuestiones de Derecho civil. Familia y sucesiones*, con la colaboración de Francisco A. M. Ferrer, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1979, 438-440, 445, 449 y 458; ACEDO PENCO, Ángel, *Derecho de sucesiones. El testamento y la herencia*, Dykinson, Madrid, 2014, 121; LANATTA, Rómulo E., *Derecho de sucesiones*, tomo II, 3.ª edición, Desarrollo, Lima, 1993, 20 y 21; ZÁRATE DEL PINO, Juan B., *Curso de Derecho de sucesiones*, Palestra editores, Lima, 1998, 133; MONJE BALMASEDA, Óscar, La delación testamentaria. El testamento como negocio jurídico y la capacidad para testar, en Francisco Lledó Yagüe – Ramón Herrera Campos (directores), Óscar Monje Balmaseda (coordinador), *Sistema de Derecho civil. Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2002, 73-93, 75-76; O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de Derecho civil*, tomo V – *Derecho de sucesiones*, 2.ª edición, corregida y puesta al día, ed. Revista de Derecho Privado, EDESA, Madrid, 1987, 119;

SUÁREZ FRANCO, Roberto, *Derecho de sucesiones*, 2.^a edición, Temis, Bogotá, 1996, 157 y 158; FERNÁNDEZ ARCE, César, *Manual de Derecho sucesorio*, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014, 171-172; VILLAFUERTE CLAROS, Armando, *Derecho de sucesiones*, tomo II – *Parte especial*, Imprenta Riverijos Ltda., La Paz, 1995, 125.

¹⁰ Todos los Códigos civiles del entorno así lo regulan, salvo el dominicano y el venezolano, que son omisos al respecto.

¹¹ Así se pronuncian expresamente el Código civil español (art. 670), el Código civil boliviano (art. 1115), el Código civil puertorriqueño (art. 619), el Código civil federal mexicano (art. 1295), el Código civil uruguayo (art. 782), el Código civil panameño (art. 702), el Código civil brasilero (art. 1858).

¹² Con ese expreso parecer se pronuncian tanto el Código civil chileno (art. 1004) como los que traen causa de él, a saber: el Código civil ecuatoriano (art. 1074), el Código civil colombiano (art. 1060), el Código civil hondureño (art. 985) y el Código civil salvadoreño, que solo adiciona, de manera explicativa —a diferencia del resto de los mencionados—, que «no puede conferirse poder para testar».

Incluye también esta expresión literal en el dictado de la norma, el nuevo Código civil y comercial de la Argentina en su artículo 2465.

¹³ Al decir del artículo 935 del Código civil nicaragüense. Por su parte, el artículo 2180.1 del Código civil portugués se refiere a «acto personal».

¹⁴ Según el dictado del artículo 619 del Código civil español, artículo 946 del Código civil nicaragüense, artículo 982 del Código civil uruguayo, artículo 702 del Código civil panameño. Con similar dicción lo regula el artículo 2465 del Código civil y comercial argentino.

El giro que hace al efecto el artículo 577 del Código civil costarricense expresa que «no podrá depender del arbitrio de otro».

¹⁵ Conforme con el artículo 577 del Código civil costarricense; así también el artículo 946 del Código civil de Nicaragua, que también extiende la prohibición al «delegado».

¹⁶ Tal y como literalmente dispone el artículo 477 del Código civil cubano.

¹⁷ El término *influencias indebidas* es de un marcado origen anglosajón, con especial connotación en el Derecho norteamericano. VAQUER ALOY, que ha hecho un perspicaz estudio sobre el tema, marca los elementos que le caracterizan, entre ellos la captación de voluntad. Se trata de voluntades captatorias de un sujeto sobre otro, que por las peculiares circunstancias en que se encuentra resulta fácilmente manipulable. Se afecta así la libertad de testar. Al citar la doctrina norteamericana sitúa cuatro elementos que la jurisprudencia norteamericana toma en cuenta para apreciar las influencias indebidas, a saber:

«a) una relación de confianza entre el testador y quien pretendidamente ejerce la influencia; b) la persona de confianza ha intervenido de alguna manera en la preparación o la redacción del testamento; c) el testador era susceptible de *undue influence*, lo que supone atender a su edad y condiciones mentales y físicas; d) el causante realiza alguna atribución ‘no natural’ a favor de la persona de confianza, de modo que cuanto más inesperable sea la atribución testamentaria efectuada, más probabilidades de *undue influence* [...]». Vid. VAQUER ALOY, Antoni, La protección del testador vulnerable, en *Libertad de testar y libertad para testar*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018, 127-156 (pp. 130-131), y especialmente, también la crítica a esta doctrina, que hoy en día parece destinada a «importarse» por la jurisprudencia continental.

¹⁸ En tanto —como expresa VAQUER ALOY—, si bien tienen capacidad para testar, la voluntad exteriorizada «por la influencia recibida, no es espontánea y completamente propia», de ahí su vulnerabilidad, «la idea central radica en el otorgamiento de un testamento en que alguien ha conseguido que se exprese una voluntad que no es la real del testador». Vid. VAQUER ALOY, A., La protección del..., *cit.*, 137-138 y 134, respectivamente.

¹⁹ ALFARO GUILLEN, Yanet, El otorgamiento de testamento durante la vejez: recomendaciones de *lege data* para la autorización notarial en Cuba, en *Homenaje a José*

María Castán Vázquez. *Liber amicorum*, Tirant lo Blanch-Consejo General del Notariado, Madrid, 2019, 1397-1431, 1416.

²⁰ Así, entre otros, BERROCAL LAZAROT, Ana Isabel, La capacidad y voluntad de testar dos pilares fundamentales en la sucesión testada, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 94, núm. 770, 2018, 3339 a 3371, 3348, quien expresa que «(e)l carácter personalísimo del testamento impide la posibilidad de suplir la falta de capacidad con la intervención de terceras personas —representante legal o persona que le asista—; por ello, la opción por dotar del más amplio reconocimiento a la capacidad de testar».

²¹ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tienen su capacidad modificada judicialmente, *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, julio-agosto 2018, 3-37, 6.

²² Según Agustina PALACIOS, estos pueden ser «aquellos que se requieran para la celebración de determinados actos formales; y aquellos que se requieran para realizar actividades de la vida cotidiana, que bien podrían denominarse también ‘apoyos para la vida independiente’». Pueden ser también individuales o colectivos, según las necesidades propias de cada persona. *Vid.* PALACIOS, Agustina, La configuración de los sistemas de apoyo en el contexto de la accesibilidad universal y los ajustes razonables, *paper* presentado en el Congreso internacional «Madrid sin barreras: Accesibilidad, ajustes y apoyos», A diez años de la promulgación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, 24 y 25 de mayo de 2016, Universidad Carlos III de Madrid (Getafe), disponible en www.madridsinbarreras.org, consultada el 14 de mayo de 2020.

²³ ALDERETE, C.M., El sistema de apoyos..., *cit.*

²⁴ PALACIOS A., La configuración de los sistemas..., *cit.*

²⁵ CISTERNA REYES, M.S., Desafíos y avances..., *cit.* 27.

²⁶ PALACIOS, A., La configuración de los sistemas..., *cit.*

²⁷ Resulta interesante tener en cuenta lo que se ha dispuesto en el proyecto de Ley presentado en la Cámara de Diputados de la Nación Argentina (expte. 4845-D-2017) para la implementación de un régimen legal para el acceso y conformación de un sistema de apoyos en favor de las personas con discapacidad, en relación con las transformaciones operadas en dicho campo a partir de la aprobación de la Convención sobre los derechos del niño, por Ley 23.849 (*B.O.* 22/09/1990); la CDPD, por Ley 26.378 (*B.O.* 9/6/2008), y con jerarquía constitucional por Ley 27.044 (*B.O.* 22/12/2014); la Ley nacional de salud mental 26.657 (*B.O.* 03/12/2010), reglamentada por el Decreto 603/2013 y el Código civil y comercial de la Nación, aprobado por Ley 26.994 (*B.O.* 08/10/2014).

Así, en el artículo 5 proyectado se establece como funciones de los apoyos:

«a) actuar en beneficio de las personas con discapacidad como eje rector;

b) actuar respetando los deseos, metas e intereses conforme a la preferencia y manifestación de la persona, y su identidad cultural;

c) actuar de manera imparcial, asesorar, acompañar, establecer medios, modos de comunicación con la persona que requiere el apoyo para facilitar la toma de decisiones asegurando al máximo posible la accesibilidad al ejercicio de los derechos».

Según el artículo 14 proyectado, los apoyos formales para el ejercicio de la capacidad jurídica comprenden «la asistencia en la comunicación y comprensión de determinados actos jurídicos y sus consecuencias, tanto en el proceso previo como durante su celebración al manifestar la voluntad y preferencias personales». Sobre el tema, *vid.* IGLESIAS FRECHA, Juan Manuel, Consideraciones jurídicas sobre la implementación legal de un sistema de apoyos a favor de las personas con discapacidad, *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, volumen 2 (2), 2018, 27-50.

²⁸ Sobre este particular, *vid.* TANTALEÓN ODAR, Reynaldo Mario, La discapacidad. Anotaciones al Decreto Legislativo 1384, *Derecho y cambio social*, núm. 56, abril de 2019, 199-229; MEJÍA ROSASCO, Rosalía, La reforma de la capacidad de la persona en la legislación civil y notarial en el Perú: La implementación de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, en *Derechos e integración*, revista del

Instituto de Derecho e integración, Colegio de escribanos de la provincia de Santa Fe, núm. 14, año X, 2019, 27-52; VARSÍ-ROSPIGLIOSI, Enrique, Marco Andrei TORRES MALDONADO, El nuevo tratamiento del régimen de la capacidad en el Código civil peruano, en *Acta Bioethica*, núm. 25 (2), 2019, 199-213.

²⁹ No obstante, quizás hubiera sido recomendable que los legisladores hubieran hecho especial pronunciamiento en torno a este tema por lo polémico que suele ser, en tanto el tratamiento especial que ha tenido en el Derecho comparado, en materia de ejercicio de la capacidad jurídica, la capacidad para testar, dadas las particularidades del negocio jurídico testamentario. Tómese en cuenta, sin embargo, que el Código no le dedica precepto alguno a la capacidad para testar, siéndole aplicable entonces las normas de alcance general. Para ello funciona como puerta clave el artículo 2463, remisor a los artículos reguladores de los actos jurídicos, no solo en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica. Y en ellos está previsto el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad a través de apoyos y salvaguardias.

³⁰ TANTALEÓN ODAR, R.M., La discapacidad..., *cit.*, 218, al estudiar la reforma introducida al Código civil, considera que «es entendible y loable pues justamente con apoyos o ajustes razonables el sujeto con discapacidad podría dar a conocer su última voluntad al notario».

³¹ *Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, núm. 27-1, 17 de julio 2020, en http://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-27-1.PDF, consultado el 3 de agosto de 2020.

³² Téngase en cuenta que a diferencia del Código civil peruano, el español carece de un libro dedicado a la teoría del acto jurídico, donde en mejor medida debería ser incluida esta reforma, aplicable no solo al testamento, sino a todo acto jurídico.

³³ Explica la profesora GARCÍA RUBIO que «(s)e trata de uno de los contados preceptos del Anteproyecto que están fundamentalmente dirigidos a discapacidades de índole sensorial (sobre todo las que afectan a la vista y al oído)». *Vid. GARCÍA RUBIO, María Paz*, Algunas propuestas de reforma del Código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil, *Revista de Derecho Civil*, volumen V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, 173-197, 177, disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, consultada el 16 de mayo de 2020. Dicho Anteproyecto, ya devenido Proyecto desde el 17 de julio de 2020 mantiene la misma redacción en este orden.

³⁴ *Vid. TORRES GARCÍA, Teodora F. y María Paz GARCÍA RUBIO, La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, 78 (nota 111).

³⁵ TAMARIT, *cit. pos* LORENZO ÁLVAREZ, Laura, Los sistemas alternativos y/o aumentativos de comunicación: la comunicación bimodal como recurso en el aula de audición y lenguaje, *Trabajo de fin de grado*, Facultad de Educación y Trabajo Social, Universidad de Valladolid, s.f., disponible en <https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/3923/1/TFG-G%20296.pdf>, consultada el 4 de mayo de 2016, 14.

³⁶ VON y MARTINSEN, *cit. pos* LORENZO ÁLVAREZ, L., Los sistemas alternativos..., *cit.*, 15.

³⁷ Según LORENZO ÁLVAREZ, L., Los sistemas alternativos..., *cit.*, 17.

³⁸ *Vid. BELLOCH ORTÍ, Consuelo*, Tecnologías de ayuda: sistemas alternativos de comunicación, disponible en www.uv.es/belloch/pdf/pwlogo5.pdf, consultado el 2 de mayo de 2016, 4-6.

³⁹ Da cuenta DÍEZ GÓMEZ, Aurelio, La supresión de los testigos en los testamentos, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 2, abril-junio de 1992, 43-68, 54, que conforme con el párrafo segundo del artículo 695 del Código civil, tras la modificación operada por la Ley de 20 de diciembre de 1991, cuando el testador declara que no sabe o no puede firmar, uno de los testigos deberá hacerlo por él y a su ruego, intervención que

tiene carácter preceptivo, también según el tenor literal del artículo 697, que los prevé en su apartado 1.º para estos casos y, en el 2.º, para el supuesto en que el testador, aun pudiendo firmarlo, sea ciego o declara que no sabe o no puede leer por sí el testamento.

⁴⁰ Reconocidos por la mayoría de las legislaciones notariales. Así, v. gr., el Estatuto Registral y Notarial colombiano, que los regula en su artículo 69; el Código notarial de Costa Rica en su artículo 111, primer párrafo; la Ley Notarial de Puerto Rico los prevé en los artículos 21 y 25, si bien en este último artículo, se les nombra testigos instrumentales, firmantes a ruego. El Decreto Legislativo del Notariado del Perú los regula en su artículo 54, inciso g), aun cuando no les nombra como testigos, sino simplemente les identifica como «*persona, llevada por el compareciente*». La Ley del Notariado de República Dominicana los refrenda en su artículo 31, segundo párrafo *in fine* y 57 y les llama «*testigos aptos*». La Ley Orgánica Notarial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al tildarlos de «*persona a ruego*», también les reconoce en su artículo 79, inciso c), de la cual dará fe de conocimiento el notario autorizante. Incluso el Reglamento de dicha Ley, que le llama «*firmante a ruego*», en su artículo 54 *in fine*, llega a admitir que este sea «*el otro de los comparecientes si sus intereses no se contraponen con los del rogante*». El Reglamento de la Ley Orgánica del Notariado español, en su artículo 195 también les regula, pero utiliza la disyuntiva de que firme «*por el que no lo haga la persona que él designe para ello o un testigo*», de ese modo, pareciere que el primero no es testigo. Asimismo, el Código de notariado de Guatemala en su artículo 29, apartado 12, al nombrarle simplemente «*testigo*», pero con la peculiaridad de que «*si fuere varios los otorgantes que no supieren o no pudieren firmar, lo hará un testigo, por cada parte o grupo que represente un mismo derecho*».

⁴¹ Igualmente, en el artículo 35, primer párrafo, al referirse a la «*persona*» que asiste al compareciente que no sabe leer, en la lectura del documento público, cuando así lo solicita.

⁴² Sostiene PELOSI, Carlos A., *El documento notarial*, 3.ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1997, 230 y 231, *apud* BORDA, que tratándose de testamento, la exigencia legal (prevista en el artículo 3662 del Código civil de VÉLEZ SÁRSFIELD y ahora en el artículo 2480 *in fine* del Código civil y comercial) de que el escribano exprese la causa por la cual el testador no puede firmar queda cumplida expresando que no lo hace en razón de la imposibilidad padecida, sin que resulte indispensable determinar con precisión la enfermedad o accidente que lo inhabilita para hacerlo. Idéntica posición ha expresado la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo cubano en su Sentencia núm. 210 de 29 de marzo del 2005, primer Considerando (ponente BOLAÑOS GASSÓ), que dispuso: «*[...] al prestar confesión judicial uno de los demandados, quien había comparecido en el otorgamiento del cuestionado testamento como testigo de ruego, admitió haber presenciado que el otorgante, para negarse a firmar el instrumento notarial, ofreció argumento diferente al que plasmó el funcionario actuante, y ese extremo ha sido cumplidamente considerado en la sentencia interpelada arribando la sala de instancia a la convicción de su absoluta irrelevancia, habida cuenta que por una u otra razón actuó el notario conforme la ley exige en tales casos [...]*».

En Sentencia más reciente, la núm. 49, de 31 de enero de 2019, primer Considerando (ponente VALDÉS ROSABAL), la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo también ha esclarecido que es suficiente que la imposibilidad para firmar el testamento se dé en el momento mismo del otorgamiento, y no antes. Según el parecer de la Sala «*[...] no es de soslayar que solo delataría el defecto formal que aducen si las huellas dactilares plasmadas en omisión de su firma, no correspondiesen a su persona, como con acierto razona la interpelada, de lo que sigue entender que la causa de la imposibilidad para firmar en el preciso momento en que decidió disponer de su patrimonio para después de su muerte, y no antes, implique invalidar sus efectos en el tráfico jurídico [...]*».

⁴³ Así, el Decreto Legislativo del Notariado del Perú, que en su artículo 54, inciso g), incluye como variante que el compareciente «*sea analfabeto, no sepa o no pueda firmar*»; la Ley del Notariado de República Dominicana, en su artículo 57, al enunciar

ambos supuestos; la Ley Orgánica Notarial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que igualmente en el artículo 79, inciso c), admite ambas circunstancias; y de la misma manera el Reglamento de la Ley Orgánica del Notariado español en su artículo 180, primer párrafo, y el Código de Notariado de Guatemala en su artículo 29, apartado 12.

⁴⁴ Este ha sido el criterio sostenido por nuestra Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, en dos Sentencias de la misma ponente (ARREDONDO SUÁREZ), la núm. 818 de 23 de septiembre de 2005, en su único Considerando, y la núm. 826 de 26 de diciembre de 2005, igualmente en su único Considerando: «[...] denunciada la infracción de lo establecido en los artículos dieciséis de la Ley número cincuenta, de Notarías Estatales y el treinta y siete de su Reglamento, tal vulneración no existe porque, sentado por la sentencia combatida que ante la situación impeditiva planteada la fedataria procedió conforme a la posibilidad que franquea el último de los preceptos señalados, soslaya en todo caso el inconforme la trascendencia de la intervención de tal funcionaria pública que además de hacer constar el juicio de identidad y el de capacidad redacta el instrumento conforme a la manifestación de voluntad del testador y, después de leerlo en alta voz, procede a la firma conjunta también bajo su dación de fe de haberse cumplido con todas las formalidades exigidas por la Ley, como lo fue, inequívocamente, el que se estamparan las huellas dactilares del otorgante por no poder firmar, lo que inequívocamente fuerza al rechazo del motivo examinado [...]».

⁴⁵ Particular que no resulta nada pacífico. Así, *v. gr.*, para el testamento se prescribe por el Código civil argentino que si el testador, sabiendo firmar, dijere que no firmaba por no saber hacerlo, el testamento será de ningún valor, aunque esté firmado a ruego por alguno de los testigos (art. 3660). *Vid.* PELOSI, C.A., *El documento...*, *cit.*, 231-233.

⁴⁶ Es dable señalar que el Código civil prevé la posibilidad, con carácter alternativo, de que cualquiera de los testigos instrumentales exigidos para el otorgamiento del testamento (art. 484.4 CC) pueda fungir a su vez como testigo de asistencia, a diferencia del artículo 37 del Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales, que impone un testigo de asistencia, distinto de los testigos requeridos por el propio Reglamento, para proceder a la autorización del documento notarial. A mi juicio, teniendo la norma del Código civil carácter especial sobre el citado Reglamento, por referirse aquella, no a cualquier tipo de documento público notarial, sino a la escritura pública de testamento, ha de tener prevalencia en su aplicación. Téngase en cuenta que el Reglamento de la Ley notarial solo exige testigos instrumentales, además de para la autorización de la escritura de testamento, para la de matrimonio.

⁴⁷ Así, el artículo 730 del Código civil de Panamá, que exige la doble lectura en esos mismos términos. Igualmente, el artículo 1039 del Código civil de Nicaragua, artículo 648 del Código civil de Puerto Rico, artículo 957 del Código civil de Guatemala (con la prevención de que exige un testigo más, de los que tradicionalmente exige el propio Código), artículo 798 del Código civil de Uruguay, artículo 1517 del Código civil federal de México.

El artículo 1019 del Código civil de Chile también lo exige, pero con la acotación de que la segunda lectura solo le compete al testigo, no a otra persona elegida por el testador. Igualmente, artículo 1076 del Código civil de Colombia, artículo 1079 del Código civil de Ecuador, artículo 1014 del Código civil de El Salvador, artículo 998 del Código civil de Honduras.

La doble lectura la tenía prevista también el artículo 697 del Código civil peruano, pero fue suprimida acertadamente con la redacción dada por el artículo 1 del Decreto Legislativo 1384/2018, de 3 de septiembre.

Los Códigos de factura más reciente, como el de Paraguay, el de Bolivia, el de Argentina, el de Cuba, no prevén esta clara discriminación en contra de las personas ciegas. Tampoco lo regula el Código de Venezuela.

⁴⁸ Tampoco comparto la crítica que algún sector doctrinal hace a la Observación General núm. 1, asumiendo —a mi juicio— una posición también absolutista o de extrema. Para TANTALEÓN ODAR, R.M., *La discapacidad...*, *cit.*, 205, al hacer referencia a

ella (la contenida en el párrafo 14 *in fine*) expresa que «(d)efinitivamente esta afirmación no nos parece acertada. Decir que la capacidad mental, medida siempre desde el punto de vista médico, es más bien un fenómeno que depende de los contextos sociales y políticos no es correcto. Es decir, el hecho de que una sociedad discrimine a un sujeto con discapacidad es una cosa, pero otra muy distinta es que se afirme que la capacidad mental depende del contexto socio-político»; para más adelante negar lo que él mismo viene defendiendo en su trabajo y que es la espina dorsal del modelo social y de derechos humanos con el cual la CDPD encara la discapacidad, al afirmar que «si bien es cierto es necesario corregir algunos actos discriminatorios hacia las personas con discapacidad, pero para ello no es ni adecuado ni prudente afirmar que su discapacidad está en la sociedad y no en el sujeto. En todo caso, el sujeto tiene una discapacidad y parte de la sociedad necesita entender tal situación y facilitarle un desarrollo con los ajustes razonables que fuera menester, pero esto es otra cosa» (en la propia 205).

⁴⁹ Comisión de derechos humanos de la Unión Internacional del Notariado.

⁵⁰ Así, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., Testamento otorgado por personas..., *cit.*, 3. Entre las sentencias que han seguido esa línea, sitúa la autora a la STS de 4 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5138); STS de 14 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4755); STS de 20 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4900), entre otras. Amén de las dictadas por los tribunales de instancia, 19 y 20.

⁵¹ *Vid.* la más reciente doctrina española sobre el tema, entre otros, NÚÑEZ NÚÑEZ, María, La persona con discapacidad intelectual ante el otorgamiento de testamento abierto notarial, en Montserrat Pereña Vicente (dir.), Gloria Díaz Pardo y María Núñez Núñez (coords.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Dykinson, Madrid, 2018, 511-527; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., Testamento otorgado por personas..., *cit.*, 3-37 y Derecho de sucesiones y discapacidad..., *cit.*, 54 y sigs.; CORVO LÓPEZ, Felisa María, La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual, *Revista de Derecho Civil*, volumen VI, núm. 4 (octubre-diciembre, 2019), 135-170, disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, consultada el 14 de mayo de 2020; RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, El testamento y la futura reforma del Código civil en materia de discapacidad: algunas reflexiones, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, junio 2019, 346-373; BERROCAL LAZAROT, A. I., La capacidad y voluntad de testar..., *cit.*, 3339 a 3371, quien llega a afirmar que «(e)l reconocimiento de los dos facultativos debe ser anterior al otorgamiento del testamento, aunque la doctrina admite que se produzca en el mismo momento del otorgamiento (el art. 698.2 CC señala, precisamente, que al otorgamiento han de concurrir tales facultativos). En todo caso, no ha de recurrir un lapso temporal amplio entre el reconocimiento y otorgamiento por el principio de unidad de acto, 3356.

⁵² Explica la profesora GARCÍA RUBIO sobre el tema que «(a)unque los sectores más partidarios de una interpretación radical de la CDPD probablemente consideren que el texto transcrito mantiene resabios de la concepción médica de la discapacidad que deberían ser eliminados, lo cierto es que en él queda claro que el ejercicio de la capacidad de testar corresponde a todas las personas en igualdad de condiciones y que, ante un testamento notarial y exclusivamente en el momento del otorgamiento, el notario que tenga dudas sobre la comprensión por el interesado de lo que está haciendo, puede acudir al auxilio de los peritos especialistas que le asesoren sobre la capacidad de comprensión del testador. Con todo, será el notario quien habrá de tomar la decisión final, de suerte que no estará vinculado por el dictamen de los citados especialistas». *Vid.* GARCÍA RUBIO, M.P., Algunas propuestas de reforma..., *cit.*, 176. En fin, no se trata de «resabios de la concepción médica», sino de una evidente utilización de los médicos para que sean ellos quienes determinen la «capacidad mental» del testador, a pesar de las advertencias que en tal sentido se han hecho sobre dicho concepto, lo que en nada condice con el modelo social que la CDPD establece, ni con la interpretación que del artículo 12 ha hecho el Comité de derechos de las personas con discapacidad.

⁵³ Con este parecer, GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, Capacidad para testar de persona sometida a curatela: Contenido de la sentencia de modificación de la capacidad de obrar y alcance del artículo 665 del Código civil. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 (146/2018), en Mariano Izquierdo Tolsada (coord.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, volumen 10, 2018, 453-466, 464-465, quien ve en los facultativos, tras el notario, una segunda salvaguarda, si bien, de conformidad con el espíritu de la CDPD, considera que junto con el dictamen de los facultativos se aportara «un informe social y de la audiencia de las personas próximas al testador para que el Notario pueda hacerse una idea más precisa de la capacidad conservada». Con similar criterio, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Derecho de sucesiones y discapacidad...*, cit., 61.

⁵⁴ Al menos la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo cubano ha sido reiterativa en tal orden. Así, Sentencia núm. 766 de 19 de diciembre de 2002, primer Considerando (ponente BOLANOS GASSÓ): «...no (ha) quedado acreditado fehacientemente como exige la Ley, la presencia de circunstancias personales en la testadora que restringieran su capacidad para la realización del debatido acto jurídico al momento de su otorgamiento [...]»; Sentencia núm. 430 de 15 de julio de 2003, primer Considerando, (ponente BOLANOS GASSÓ): «... no (ha) quedado acreditado fehacientemente, que al momento de la celebración del acto notarial que generó la Escritura [...] la otorgante del cuestionado testamento tuviera afectadas sus facultades mentales al extremo de que se lo impidiera [...]»; Sentencia núm. 714 de 25 de octubre de 2006, primer Considerando (ponente CARRASCO CASI): «... la testadora al momento de realizar el acto jurídico objeto de litis carecía de capacidad legal para efectuarlo, lo que se acreditó con el Auto dictado [...] por el Tribunal Municipal [...], que constituye el documento idóneo para justificar tal particular [...]»; Sentencia núm. 113 de 30 de abril de 2010, primer Considerando (ponente ARREDONDO SUÁREZ): «... quedó acreditado que al momento de otorgar el testamento que se impugna, la causante estaba afectada en sus facultades mentales de manera que le impedía manifestar válidamente su voluntad [...]»; Sentencia núm. 479 de 15 de diciembre de 2011, primer Considerando (ponente DÍAZ TENREIRO): «...no quedando debidamente acreditada la disminución de la capacidad jurídica del finado al momento de otorgar el acto jurídico testamentario [...]»; Sentencia núm. 449 de 31 de octubre de 2012, único Considerando (ponente ACOSTA RICART): «... sí de las actuaciones no consta acreditado que el testador al justo momento en que emitió su manifestación de voluntad al hacer su designación de heredero en el Testamento cuya nulidad se ha interesado no hubiere tenido la capacidad de obrar suficiente para ello [...]»; Sentencia núm. 644 de 30 de septiembre de 2014, primer Considerando (ponente DÍAZ TENREIRO): «...no ha quedado demostrado fehacientemente, que al momento de manifestar ante notario, su disposición de última voluntad, el testador se encontrara privado de la capacidad mental, ni presentara disminución en ese sentido para ello, pese a la enfermedad que le fuera diagnosticada [...]»; entre otras tantas sentencias que se han dictado en este orden y que constan en las anotaciones al artículo 484 del Código civil. *Vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *Ley núm. 59/1987, Código civil de la República Cuba, anotado y concordado*, 5.^a edición, ediciones ONBC, La Habana, 2019.

⁵⁵ En uno de sus trabajos ya mencionados, la citada profesora llega a afirmar que «(d)esde luego, y sin discusión posible, el curador no puede completar la capacidad testamentaria, ni contribuir a la iniciativa del testador a la hora de otorgar testamento, por mucho que lo recoja una sentencia de modificación judicial de la capacidad, pues se conculcarían muchas de las reglas y principios de nuestro ordenamiento (personalismo material, personalismo formal, etc.)». Y añade: «además, con independencia de no poder entenderse el papel o protagonismo del curador —personas jurídicas públicas en numerosas ocasiones— en cuanto a su participación en la redacción del testamento, reconocer su hipotética colaboración o asistencia nos haría entrar de pleno en otro tipo de problemas, no sobre la capacidad, sino sobre la libertad del consentimiento, pues sin

duda se tratará de testadores vulnerables o respecto de los que cabría influencia indebida. Por otra parte deberíamos plantearnos otra suerte de cuestiones no resueltas por el momento, como ¿cuál será el proceder de los notarios si se intenta otorgar testamento en tales circunstancias?, esto es, si esgrime el curador el contenido o extensión de la sentencia en cuanto a la posibilidad de otorgar testamento con su apoyo ¿cuál será la consecuencia de su negativa por parte del notario? o, incluso más allá, ¿de su admisión procediendo a testar juntos? Sin duda, en cualquiera de los dos supuestos, estaríamos generando mayor grado de litigiosidad bien por negarse el notario a seguir el contenido de la sentencia judicial, o bien por permitir el otorgamiento de un testamento imposible a la vista de las reglas jurídicas que disciplinan la materia». *Vid.* DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., Testamento otorgado por personas..., *cit.*, 20. Por supuesto, compartiría tales argumentos si se trata de un curador en la visión en que se ha pretendido ver desde el Derecho español, pero en modo alguno, con la mirada que a los apoyos le da la CDPD y el Comité de derechos de las personas con discapacidad y que a mi juicio es la que corresponde dar.

⁵⁶ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., Derecho de sucesiones y discapacidad..., *cit.*, 58 y 59.

⁵⁷ CUENCA GÓMEZ, Patricia, El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española, *REDUR* 10, diciembre de 2012, 61-94, 74 y 75.

⁵⁸ CAROL ROSÉS, Fernando, Una revisión desde la doctrina y la jurisprudencia de la testamentifacción de las personas con la capacidad judicialmente modificada y con discapacidad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 764, 3242-3265, 3253.

⁵⁹ *Ibidem.*

⁶⁰ *Idem*, 3254.

⁶¹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., Capacidad para testar..., *cit.*, 464.

⁶² NÚÑEZ NÚÑEZ, M., La persona con discapacidad intelectual..., *cit.*, 514.

⁶³ *Vid.* MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, Sucesión intestada, atribuciones «ex lege» y protección de las personas con discapacidad, en Cristina de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ y María MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones y discapacidad. Retos y cuestiones problemáticas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2020, 107-174, 115.

⁶⁴ CUENCA GÓMEZ, P., El sistema de apoyo..., *cit.*, 73.

⁶⁵ *Ibidem*, 83.

⁶⁶ *Idem*, 84.

⁶⁷ Como ya he explicado en otra ocasión, «el artículo 707 del Código civil peruano, en su nueva redacción, ha permitido el otorgamiento por personas con discapacidad visual de testamento ológrafo. Precepto que remite a la regulación del testamento cerrado, respecto de las formalidades a cumplir, para lo cual solo se exige que la persona con discapacidad visual tenga habilidad para saber firmar de forma manuscrita cada uno de los pliegos del documento y la impresión de su huella dactilar, como vía para su identificación ulterior, dado lo imposible que ello resulta solo con la utilización del sistema de lectoescritura braille. Con ello, se permite que el propio otorgante sea quien redacte su testamento, manteniendo a buen resguardo no solo su contenido, sino el secreto sobre la propia existencia del testamento, para lo cual empleará un lenguaje que le es conocido y familiar a él, sin necesidad de acudir a terceros que le auxilien. Una vez concluida la redacción podrá estampar su firma y su huella dactilar, expresión esta última que, conforme al segundo párrafo del apartado 1 del artículo 699 del Código civil (regulador del testamento cerrado, al que remite el artículo 707), se emplea en número singular, sin que tampoco se indique la huella dactilar de qué dedo será necesaria estampar en el documento.

»Sería discutible, eso sí, la necesidad o no de la firma escrita para la identificación ulterior del testador, pues la huella dactilar es un elemento identificador e individualizante

de la persona. De modo que, conforme la redacción dada al precepto, de no saber firmar de manera convencional, no sería válido el testamento ológrafo redactado en braille, en tanto que la huella dactilar no es suficiente. No obstante, el solo hecho de su permisión en braille es una luz en el camino, signo de protección en sede sucesoria a las personas con discapacidad visual. Tanto la firma, como la huella dactilar, deberán consignarse en cada pliego del testamento». *Vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., Testamento ológrafo y cerrado en braille en el Derecho peruano: Luces en el horizonte de las personas con discapacidad visual, *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto de 2017, 3-29.

⁶⁸ Si bien la norma está prevista para las personas de la tercera edad, el mismo fin existe en relación con las personas en situación de discapacidad, un número importante de ellas son personas también de la tercera edad. Así, el artículo 412.5.2 del Código civil de Cataluña, que establece entre las inhabilidades sucesorias (expresión por cierto muy técnica para referirse a esta figura) «*Las personas físicas o jurídicas y los cuidadores que dependen de las mismas que hayan prestado servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga al causante, en virtud de una relación contractual, solo pueden ser favorecidos en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto o en pacto sucesorio*».

Como alega la profesora DÍAZ ALABART al proponer soluciones ante la captación de voluntad del testador vulnerable, a través de fórmulas de este tipo «no habría una prohibición de instituir como sucesores a los cuidadores, pero sí de hacerlo en testamento ológrafo. Solamente sería válida la institución en este sentido hecha en testamento abierto, ya que en este la intervención para autorizarlo de fedatario público asegura el juicio de capacidad y podría ser cautela suficiente para evitar la captación de voluntad. Sin que esto impida —si en el caso se dieran las circunstancias suficientes para ello— que se pueda pedir la nulidad del testamento». *Vid.* DÍAZ ALABART, Silvia, *El testamento ológrafo de las personas mayores dependientes: problemas y posibles soluciones*, Foro de debate jurídico, Reus, Madrid, 2018, 53.

Según VAQUER ALOY, «esta norma goza de un valor indiciario y programático, pues aunque no quepa su aplicación analógica por tratarse de una norma prohibitiva, si marca una tendencia o aviso para otras profesiones que puedan desempeñar otra actividad que entrañe una relación de confianza y de dependencia con el testador, además de los supuestos ya conocidos del cuidador profesional y del confesor, como enfermeras, médicos o abogados».

El propio autor referencia otras normas similares en el Derecho comparado, a saber: el §14 de la HeimGesetz, que contiene una prohibición expresa de las atribuciones testamentarias a los dueños, directores y empleados de residencias geriátricas, realizadas por quienes residen en ellas, así como a sus familiares; solo se excepcionan las que tengan escaso valor. El Código civil holandés, dentro de las inhabilidades para suceder por testamento, lo reconoce en el artículo 4:59 con el matiz que introduce el artículo 4:60. Conforme con el primero, los profesionales de la salud, en particular los de la salud mental que han asistido al testador durante su última enfermedad, no pueden ser beneficiados en el testamento otorgado durante dicha enfermedad o asistencia, en tanto el apartado 2 añade la inhabilidad para suceder de quien explota comercialmente o dirige un centro geriátrico o psiquiátrico cuando el testamento ha sido otorgado durante el ingreso. En tanto, la sección 21350 del *California Probate Code* establece la invalidez, a salvo de lo que dispone la sección 21351, de cualquier transmisión a título lucrativo —lo que incluye al testamento— a favor de (apartado 6) su cuidador (care custodian) realizada por un adulto dependiente. *Vid.* VAQUER ALOY, A., La protección del..., *cit.*, 144-145 y 134, respectivamente.

⁶⁹ Tal es el caso de España, que en el Proyecto de Ley por la que se pretende reformar la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, publicado en el *Boletín de las Cortes Generales* el 17 de julio de 2020, y al que se ha hecho referencia con anterioridad, propone una modificación al artículo 753 del vigente Código civil en los términos siguientes:

«Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria en favor de quien sea tutor o curador representativo del testador, salvo cuando se haya hecho después de la extinción de la tutela o curatela.

»Será nula la disposición hecha por las personas que se encuentran internadas por razones de salud o asistencia, a favor de sus cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que aquellas estuvieran internadas. También será nula la disposición realizada a favor de los citados establecimientos.

»Las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales, o de naturaleza análoga al causante, solo podrán ser favorecidas en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto.

»Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas en favor del tutor, curador o cuidador que sea pariente con derecho a suceder ab intestato».

⁷⁰ Según se explica en la propia resolución judicial comentada: «*la ELA implica, en detrimento del paciente, la pérdida progresiva de neuronas motoras centrales y periféricas, con un curso atípico variable, caso por caso, pero con resultados desfavorables que la literatura del sector no tiene dificultad para definir desastrosas para la calidad de vida, así como para supervivencia. La patología causa disfagia (es decir, pérdida progresiva e irreversible de la capacidad normal para tragar), disartria (pérdida de la articulación de palabras) y una pérdida progresiva de control de los músculos esqueléticos, con una parálisis que puede tener extensiones variables, también debido a las condiciones subjetivas concretas de la paciente. Sin embargo, la ELA no altera las funciones cognitivas y sensoriales del paciente e, incluso en las etapas más avanzadas, solo afecta el sistema motor y evita todas las demás funciones neurológicas.*».

⁷¹ Vid. BARBA, Vincenzo, Testamento olografo scritto di mano dal curatore del beneficiario di amministrazione di sostegno, *Famiglia, Persone e Successioni*, núm. 6, giugno 2012, 436-447.

⁷² *Ibidem*, 440.

⁷³ *Idem*.

⁷⁴ Una de las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo 1384/2018, de 3 de septiembre, es la referenciada, de manera que el apoyo podría beneficiarse del testamento otorgado por el testador, siempre que a criterio del juez se demuestre que no hay influencias indebidas, lo que se sustanciará previamente al otorgamiento del testamento, de forma que el notario que lo autorice, y que fungirá también como salvaguardia, tendría en su poder la salvaguardia judicial ya materializada.

⁷⁵ CUENCA GÓMEZ, P., El sistema de apoyo..., *cit.*, 76.

⁷⁶ La profesora PEREÑA VICENTE es, sin embargo, de otro parecer. A su juicio, el respeto por la voluntad y las preferencias no elimina el estándar o criterio del interés superior. Tras un agudo análisis del tema, llega a la conclusión de que «La causa y justificación de la intervención, el estándar, no puede ser la voluntad. O, al menos, no puede ser solo la voluntad. La causa no puede ser otra que la existencia de una falta de habilidad de la persona para tomar decisiones; y la justificación de la intervención no puede ser otra que salvaguardar el interés superior de la persona y asegurar el ejercicio de sus derechos, eso sí, respetando en cuanto sea posible su voluntad y preferencias. Esta debería de ser, a nuestro modo de ver, la causa y justificación que conforman el estándar de intervención». Conciliación de estándares que no resulta fácil de lograr pues pudiera ser antinómica *per se*, pero que sin dudas nos pone a pensar en si se debería abandonar radicalmente —como proponen algunos— el estándar del interés superior de la persona. Vid. PEREÑA VICENTE, Montserrat, La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad, en Montserrat Pereña Vicente (dir.), Gloria Díaz Pardo y María Núñez Núñez (coords.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Dykinson, Madrid, 2018, 119-141, 138.

⁷⁷ OLMO, Juan Pablo, Eliana M. PRACH, Distinción entre medidas de apoyo y de salvaguardia. Comentario al fallo «C., H. M. s/Declaración de insania», *Revista de*

Derecho de Familia y Sucesiones, Buenos Aires, núm. 6, diciembre 2015, 30-12-2015, cita online: IJXCIV-828.

⁷⁸ CAVALLÉ CRUZ, Alfonso, *El notario como garante de los derechos de las personas*, Jurista editores, Lima, 2012, 416.

⁷⁹ *Ibidem*, 417.

⁸⁰ PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., El notario: función de autoridad pública, en *Ensayos de Derecho Notarial*, Gaceta Notarial, Lima, 2011, 13-36, 21.

⁸¹ RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad, *Revista de Derecho Notarial*, Colegios Notariales de España, año XVII, núm. CVII, enero-marzo, 1980, 255-409, 272 y 273.

⁸² Y ello no quiere decir —como algunos autores sostienen— que el notario sea el apoyo idóneo —a lo cual añadiría único— para que una persona con discapacidad intelectual pueda otorgar testamento. Supuesto en el cual tendría el testador que carecer de apoyos, o despojarse de los apoyos que tiene para otorgar el testamento, exclusivamente con el asesoramiento del notario como apoyo institucional. Todo ello sobre la base de una pretensa conculcación del personalismo testamentario, tesis que he ido refutando en este trabajo. Así, para CAROL ROSÉS «(e)l Notario es el apoyo ideal —por su preparación y prestigio [...]— para las personas discapacitadas y vulnerables [...] en el ejercicio de su capacidad jurídica, tal y como exige el artículo 12.3 de la Convención [...]». *Vid. CAROL ROSÉS, F., Una revisión desde la doctrina...*, *cit.*, 3249.

Expresa DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, quien no acepta —tal y como ha quedado expuesto precedentemente— el otorgamiento de testamento con apoyos, que no le «cabe duda alguna en que la posibilidad de facilitar el otorgamiento de testamento al mayor número de personas con discapacidad tan solo podría entenderse a través de la colaboración notarial, mediante una labor de información [...], asesoramiento, evitación de influencias y constancia del deseo de testar, lo que solo posibilitaría recurrir al abierto». *Vid. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., Derecho de sucesiones y discapacidad...*, *cit.*, 61.

⁸³ CUENCA GÓMEZ, P., El sistema de apoyo..., *cit.*, 81.

⁸⁴ ALFARO GUILLÉN, Y., El otorgamiento de testamento..., *cit.*, 1419 y 1420.

⁸⁵ *Ibidem*, 1422.

⁸⁶ Tal y como expone el profesor de la Universidad de Bolonia Michele SESTA, en su última lección de Derecho familiar, el 22 de abril de 2020, con motivo de cierre de su vida universitaria por jubilación (cortesía del autor).

*(Trabajo recibido el 29-7-2020 y aceptado
para su publicación el 24-9-2020)*

DERECHO COMPARADO

Abstracción y causalidad entre el plano real y el obligacional y su relación con los tipos de registros inmobiliarios

Abstraction and causality between property and contract law and the real estate registration species

por

LEONARDO BRANDELLI

Doctor en Derecho - UFRGS

Máster en Derecho civil - UFRGS

Profesor de Derecho civil en la Escuela Paulista de Direito.

Profesor de Derecho civil en la Escuela Paulista da Magistratura

Director de la Escuela Nacional de Notarios y Registradores en Brasil

Oficial de Registro de la Propiedad en el Estado de São Paulo, Brasil

RESUMEN: El presente trabajo tiene como objetivo analizar la posible existencia de una relación jurídica necesaria entre la solución adoptada por un sistema jurídico para la separación de los planos real y obligacional del derecho y el sistema de registro de bienes inmuebles adoptado por el mismo sistema. También busca establecer la diferencia entre los sistemas de registro de inmuebles que protegen predominantemente la seguridad jurídica estática, donde existe el llamado registro de documentos, y los que tutelan la seguridad jurídica dinámica, los llamados registros de derechos, mostrando sus diferencias.

ABSTRACT: The present work aims to analyze the possible existence of a necessary legal relationship between the solution adopted by a legal system for the separation of the property and contract plans of law and the real estate registration system adopted by the same legal system. It also seeks to establish the difference between the real estate registration systems that predominantly protect static legal security, where there is the so-called registration of deeds, and those that protect dynamic legal security, the so-called registration of title, showing their differences.

PALABRAS CLAVE: Abstracción. Causalidad. Registro Inmobiliario.

KEY WORDS: Abstraction. Causality. Real Estate Registry.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. REGISTRO DE DOCUMENTOS.—III. REGISTRO DE DERECHOS.—IV. ABSTRACCIÓN Y CAUSALIDAD ENTRE EL PLANO REAL Y OBLIGACIONAL Y LOS TIPOS DE REGISTRO INMOBILIARIO.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo analizar si existe alguna relación jurídica necesaria entre la solución adoptada por un ordenamiento jurídico para la separación de los planos real y obligacional del derecho —abstracción o causalidad, en sus posibles grados— y el sistema de registro de bienes inmuebles adoptado por el mismo ordenamiento.

Vale preguntar: ¿Deben los sistemas jurídicos donde hay una abstracción causal entre los planos real y obligacional adoptar necesariamente un cierto sistema de registro de inmuebles? Y si hay un vínculo causal, ¿habrá tal relación de necesidad con cierto sistema de registro de bienes inmuebles?

La adopción de un sistema abstracto o causal a este respecto tiene una relación directa con los efectos legales sobre el sistema de transmisión de propiedad. Pero, ¿es esto suficiente para determinar cualquier relación necesaria con un sistema de registro?

Para que tal intento se lleve a cabo, primero es necesario establecer alguna distinción entre los sistemas de registro.

En este sentido, en el presente trabajo, se decidió adoptar una clasificación dicotómica que tiene en cuenta la seguridad jurídica predominante-

mente protegida: la estática o la dinámica. En el primer caso, tendremos un registro de documentos; en el segundo, un registro de derechos.

Intentaremos establecer la diferencia entre los sistemas de registro de inmuebles que protegen predominantemente uno y otro tipo de seguridad jurídica, mostrando sus diferencias jurídicas. Esta distinción será importante porque los conceptos que allí se generen harán posible el análisis principal del presente trabajo, que se realizará, a continuación, cuando se verifique si existe alguna relación necesaria entre el sistema civil adoptado de causalidad o abstracción entre el plano real y el obligacional, y el sistema de registro adoptado, ya que, en caso de existir tal relación, ya estará definido también el efecto material del registro; de lo contrario, tendremos, en cada sistema jurídico, la posibilidad y, por qué no, la necesidad de ir adelante para pensar la eficacia material del sistema de registro nacional.

II. REGISTRO DE DOCUMENTOS

Entre los registros de inmuebles, existen aquellos cuyo enfoque principal es la conservación de los documentos que dieron origen a los derechos, así como su puesta a disposición de la comunidad, y no la protección del derecho registrado, como ocurre con los registros de derechos. Estos son los *registros de documentos*, o *registros de títulos*¹.

Hay una actividad de publicidad jurídica destinada a dar cognoscibilidad a terceros sobre una determinada situación jurídica, cuya médula espinal es centralizar en un órgano, y poner a disposición de las personas, los documentos que respaldan los negocios jurídicos que crean situaciones jurídicas oponibles mediante la publicidad.

Estos registros están destinados a proteger el derecho subjetivo del propietario verdadero, la seguridad estática por lo tanto, aunque lo hacen de manera poco eficiente, sin una calificación jurídica importante de las situaciones objeto de la publicidad.

Según BENITO ARRUÑADA, estos registros «contabilizan y conservan los contratos privados (escrituras o *deeds*)»².

Cualquiera que busque obtener información en este tipo de registro no encontrará un certificado que le diga qué derechos tiene sobre una finca en particular³, sino más bien una o varias cadenas de documentos publicitados vinculados a personas.

Los registros de documentos son, de hecho, un depósito de documentos que dan lugar a situaciones jurídicas, los cuales están disponibles para las personas.

El registro de documentos se caracteriza, principalmente, por poner a disposición de las personas, es decir, publicitar, las cadenas de documentos

que crean situaciones jurídicas que deben ser opuestas a terceros que no participaron de la relación jurídica establecida, pero sin garantizar la salud jurídica de las situaciones jurídicas publicadas.

La publicidad crea oponibilidad, pero solo la primera cadena de documentos válida obtendrá esta prerrogativa, aunque las cadenas contradictorias pueden hacerse públicas, lo que significa que no hay depuración de las situaciones jurídicas publicadas, ni de los documentos registrados.

No existe una calificación registral importante, que depura el derecho publicado y que permite la publicidad de situaciones jurídicas legalmente perfectas.

Se pueden publicar situaciones legales válidas e inválidas. Del mismo modo, las cadenas de propiedad dobles pueden hacerse públicas⁴, lo que significa que la información publicada no es confiable y, más aún, si la persona interesada en adquirir el derecho publicado no la depura bien, puede convertirse en una *trampa* legal.

Corresponderá a la persona interesada en adquirir el derecho publicado realizar una búsqueda registral para recopilar toda la documentación publicada, así como analizarla legalmente, para comprender quién es el titular válido del derecho registrado y quién, a pesar de haber registrado su documento, perdió el derecho frente a algún vicio negocial.

La persona interesada en adquirir el derecho inscrito debe, por lo tanto, depurarlo antes de adquirirlo, pero solo después de la publicidad.

Solo hay una calificación formal del documento que se presenta para el registro, con el fin de comprender si es un documento con posibilidad de acceso legal y si tiene los requisitos formales requeridos⁵.

En la medida en que no haya una depuración del contenido del negocio ni de la situación jurídica publicada en el Registro, la adquisición de un derecho oponible *erga omnes* implica un trabajo de análisis complejo por parte de quienes pretenden adquirir dicho derecho.

Por lo tanto, será necesario buscar en el registro todos los documentos registrados relacionados con el derecho que se pretende adquirir, durante el periodo máximo de la prescripción adquisitiva, para analizarlos, a fin de descubrir quién es el titular válido del derecho, así como si hay algún gravamen sobre él.

Además, generalmente hay una brecha importante en este tipo de registro, de actos jurídicos inmobiliarios que son oponibles contra todos, pero que no se incluyen en el Registro de la Propiedad inmueble. Como resultado, es necesario buscar una serie de informaciones extrarregistrales, siempre escasas y no delimitadas adecuadamente, es decir, no existe una limitación legal adecuada de la información que debe obtenerse para la conclusión segura del negocio jurídico, lo que aumenta la inseguridad.

Por lo tanto, se puede ver que el tráfico jurídico, en este tipo de sistema, lejos de estar protegido, se vuelve penoso, lento e incluso peligroso.

Incluso el derecho del titular real, que está destinado a ser protegido, está tutelado de manera ineficiente, ya que el conocimiento de quién es el titular real, debido a las características de este sistema de registro, puede no ser fácil de verificar, lo que, a su vez, puede tener consecuencias no deseadas para el titular del derecho real.

A pesar de esto, el enfoque del registro de documentos es la tutela del titular real, que siempre estará protegido en detrimento del tercero que adquirió de alguien que no sea ese titular.

Los registros de documentos se caracterizan por la limitación de los actos jurídicos que acceden al registro, únicamente permitiendo el acceso a negocios *inter vivos*, excluidos los *causa mortis*; por el archivo de los documentos en un sistema de folio personal que no elimina la posibilidad de títulos contradictorios; por una calificación registral meramente formal; y por la generación de un efecto de oponibilidad sin presunción de exactitud⁶.

Este tipo de registro confiere oponibilidad a los títulos registrados, de modo que la eficacia real solo nace con el registro y, en consecuencia, desde el punto de vista de los terceros, solamente los títulos registrados son de interés —los otros siguen siendo eficaces solo entre las partes—, siendo inoponibles para los terceros.

Esto, en sí mismo, representa un avance importante cuando se hace una comparación con instrumentos privados, no registrados, a los cuales se podrían atribuir efectos reales que resultan solo de la publicidad posesoria.

Por precaria que pueda ser la publicidad en un registro de este tipo, sigue siendo preferible a la mera publicidad posesoria, en la que los títulos permanecen *privados*, es decir, no están disponibles para terceros en un registro público.

S. ROWTON SIMPSON revela que, en comunidades pequeñas, donde las personas estaban unidas y próximas, el uso de actos simbólicos de transmisión, como el paso de un bastón o el uso de testigos, fue suficiente para dar conocimiento a terceros, lo que ya no puede ocurrir⁷. El autor concluye que las negociaciones privadas⁸, sin ser llevadas a una publicidad oficial, tenían muchos defectos, siendo lentas y costosas, además de no ser concluyentes, ya que en cada transmisión del derecho era necesario analizar toda la cadena de dominio; además, existía un riesgo enorme, porque siempre existiría la posibilidad de que algún acto oculto, capaz de afectar la negociación, no hubiera sido descubierto⁹.

Las deficiencias señaladas muestran que la evolución de un sistema de publicidad privado-posesión, señalización exterior, etc., a un sistema de publicidad registral, aunque imperfecto porque no califica materialmente los títulos y, por lo tanto, no garantiza los derechos, ya representa un gran avance.

En ese sentido, S. ROWTON SIMPSON enseña que, con respecto al *registration of deeds*, «its basic principle in its simplest form is that re-

gistered deeds take priority over unregistered deeds, or deeds registered subsequently»¹⁰.

Sin embargo, a pesar de representar un avance en relación con un sistema de publicidad privada, debe tenerse en cuenta que, además de que el registro de títulos no garantiza el derecho registrado, debido a la no calificación del derecho y la posibilidad de registrar cadenas dobles, existe también la existencia de una brecha de registro importante, en relación con los actos que no tienen acceso al registro y que adquieren oponibilidad contra terceros sin publicidad. Como resultado, queda disminuida la confiabilidad del registro con respecto a los documentos que son de interés para analizar.

Algunas adquisiciones de derechos oponibles contra todos siguen siendo privadas, no publicadas en el registro de inmuebles.

No todos los actos jurídicos se publican en el registro inmobiliario, de modo que la legislación otorga eficacia real a algunos actos incluso sin publicidad de registro, como ocurre, por ejemplo, con los actos jurídicos *mortis causa* o los judiciales¹¹, lo que reduce la fiabilidad del sistema y hace que la búsqueda de información sobre los derechos a negociar sea aún más compleja. Esto se debe a que la búsqueda de información privada siempre lleva más tiempo, es más compleja e insegura, ya que no proporciona suficiente certeza sobre si se ha obtenido toda la información relevante para la adquisición del derecho.

Por lo tanto, cualquier persona que tenga la intención de adquirir cualquier derecho inmobiliario oponible a terceros, especialmente un derecho real, como la propiedad por ejemplo, en este sistema de registro, no solo debe analizar todas las cadenas de registro existentes por el periodo máximo de usucapión, sino que, también, deberá buscar una cantidad de información fuera del registro, tanto en relación a títulos privados, que no están registrados, pero que operan eficacia *erga omnes* —transmisiones *causa mortis*, ej., como con respecto a cualquier carga no registrada públicamente pero que pueda afectar al adquirente del derecho registrado— la existencia de demandas judiciales, por ejemplo.

La transmisión de derechos en este sistema de registro, aunque es más segura que en un sistema privado —en el que no se publica información en un Registro de la Propiedad, lo que pasó, por ejemplo, en Brasil hasta mediados del siglo XIX—, se vuelve lenta y costosa, además de extremadamente insegura. Como resultado, la transacción generalmente está asegurada por un contrato de seguro, con el objetivo de garantizar al comprador una indemnización, en caso de que pierda el derecho adquirido.

Como no existe una limitación adecuada de la información considerada legalmente relevante para la adquisición del derecho inmobiliario con eficacia real, su búsqueda se convierte en algo complejo, costoso e inseguro. A veces imposible.

La depuración jurídica, en este sistema, es *a posteriori*, después del registro, realizada por el adquirente del derecho registrado, que no puede confiar únicamente en el registro, y debe hacer un análisis del contenido de la publicidad, así como de los negocios jurídicos subyacentes. Del mismo modo, debe proceder con la información extrarregistral.

Con cada nuevo contrato con respecto a un derecho publicado, será necesario un nuevo análisis de toda la cadena documental con respecto a la propiedad en negociación, lo que aumenta enormemente los costos de transacción.

Esta carga excesiva generada por el registro de documentos puede minimizarse mediante la adopción de fichas inmobiliarias, indexadas por las fincas y no por las personas, es decir, mediante la transposición de un sistema de folio personal a un sistema de folio real, o además mediante la introducción de índices eficientes, o incluso con la adopción del principio del tracto sucesivo, o mediante la extinción de la brecha de registro a que se hace referencia aquí, lo que hace que sea obligatorio el registro de todos los actos que conciernen a los derechos inmobiliarios.

Este conjunto de medidas permite encontrar la información buscada más rápidamente, además de eliminar la posibilidad de cadenas dobles o vacíos; sin embargo, en la medida en que todavía no hay garantía del derecho inscrito, ni una calificación previa y profunda del derecho inscrito, así como tampoco hay una tutela del tercero adquirente de buena fe, no es eliminada la necesidad de su depuración privada, después del registro.

Por lo tanto, en cierto modo, un registro de documentos puede acercarse a un registro de derechos¹², sin separarse nunca por completo de los problemas fundamentales de no garantizar el derecho registrado y de no proteger al tercer adquirente de buena fe, es decir, de no proteger el tráfico jurídico y de estar privado de la calificación registral del derecho que va a ser inscrito realizada por un profesional del derecho imparcial, así como el hecho de carecer de la protección el tercero adquirente de buena fe, ya sea por una disposición normativa expresa, ya sea a través de la aceptación, aunque tácita, por el sistema legal, de ciertos principios que conducen a esta protección¹³.

El registro clásico de documentos, generalmente indicado como el que influyó en los otros registros de documentos existentes, es el del sistema francés¹⁴.

A pesar de reconocer los autores franceses que «la *sécurité du commerce juridique* repose sur la *fiabilité des renseignements* dont disposent les *contractants*», y que «elle l'est de bien meilleure façon si les renseignements utiles sont consignés sur un registre public et accessible, tenu par une autorité neutre et objective», así como que «telle est la finalité de tout système de publicité, instrument d'information et de protection»¹⁵, es el registro inmo-

liario francés un registro de documentos que, a pesar de su evolución desde el Código civil napoleónico, no garantiza el derecho inscrito, lo que obliga a las partes interesadas en adquirir algún derecho publicitado a recurrir a las largas búsquedas mencionadas aquí.

Los Estados Unidos de América también son un ejemplo de un país que tiene un sistema de registro de documentos.

Desde el comienzo de su existencia¹⁶ —al contrario de lo que suele suceder en otras experiencias, en las que se ha evolucionado desde sistemas de publicidad más simples, como la posesión, por ejemplo, hasta la publicidad de registro— ya se ha sentido la necesidad de un registro de bienes inmuebles¹⁷, dado que era una tierra nueva, carente de historia y tradición, en la que la mayor riqueza de los inmigrantes que fueron allí, si no la única, era la tierra, la cual necesitaba estar bien definida y ordenada, garantizando los derechos recibidos. No se consideró suficiente para este propósito la publicidad posesoria, y las trece colonias impusieron la necesidad de transcribir los derechos inmobiliarios en un registro público. El evento ocurrió inicialmente en la colonia de Plymouth, en 1627, con su primer acto legal en 1630, y, más tarde, en las colonias de Massachusetts (1634) y de Virginia (1640)¹⁸. Así, se creó el *record system* norteamericano¹⁹, que sigue vigente en la mayoría de los Estados, más de trescientos años después de su institución²⁰.

En esta búsqueda de una mayor seguridad de los derechos inmobiliarios, desde su inicio, debido a las peculiaridades locales, el derecho estadounidense se alejó del derecho inglés, que obligaba a los titulares a conservar los *deeds*²¹, ya que la transmisión se realizaba a través de la celebración del contrato con la entrega posterior del título²².

Aunque haya sido una evolución importante en términos del sistema de entrega de *deeds*, el *record system* estadounidense es un sistema de registro de documentos típico, que no garantiza los derechos registrados²³ ni protege adecuadamente a terceros adquirentes de buena fe²⁴.

III. REGISTRO DE DERECHOS

Contrariamente a lo que sucede con los sistemas de registro relacionados con la protección estática de los derechos, es decir, con la protección del derecho subjetivo en sí, en los registros destinados a proteger la dinámica de los derechos, lo que se busca es proteger el tráfico jurídico²⁵, es decir, tutelar al tercero que adquiere un derecho cuya apariencia era buena, porque se lo inscribió después de una calificación jurídica realizada por un agente estatal.

El objetivo aquí es proteger al comprador que confió en la información publicada, sin darse cuenta de los defectos eventualmente existentes, y que gastó recursos y esfuerzos en esta adquisición.

Los registros destinados a la seguridad del tráfico buscan garantizar el derecho inscrito y el tráfico jurídico, superando así el *trade off* existente entre la seguridad de los derechos subjetivos y su liquidez, es decir, su seguridad de movimiento²⁶. Con esto, protege a aquel tercero de buena fe que confió en la información publicada en el registro y, en última instancia, que confió en el trabajo de calificación legal llevado a cabo por el Estado a través del registrador, y que, por lo tanto, no podrá perder su derecho aunque lo adquiera con vicios. En aras de la seguridad del tráfico, se mantendrá en su derecho, siendo el titular real privado de ese derecho y teniendo un derecho obligacional de indemnización contra el causador de su pérdida.

Esta protección se obtiene por el principio de la fe pública registral generadora de una apariencia jurídica, que determina que el tercero adquirente de buena fe de algún derecho registrado no pueda perder ese derecho, es decir, determina que el Estado lo garantice en su adquisición²⁷.

Los registros cuyo alcance principal es la protección del tráfico jurídico, cuando generan una apariencia jurídica, de ser lo que realmente no es, protegen esta apariencia, en nombre de la confianza legítima generada y de la seguridad del tráfico.

En estos registros, además del desempeño del instituto de la publicidad jurídica, existe una actuación del instituto de la apariencia, excepto en especies, como el Torrens, en las cuales la propia publicidad registral tiene un efecto saneador y, por lo tanto, la protección para el tercero, así como para las partes mismas, se desprende de ello.

Son los llamados registros de derechos, conocidos en el derecho anglosajón como *registration of title*²⁸, cuyo enfoque se centra en dar publicidad al derecho registrado, y no en dar publicidad registral a los documentos que dan origen a los derechos registrados.

En los registros de documentos hay una actividad destinada a poner a disposición documentos que contienen actos jurídicos que crean situaciones jurídicas publicadas, sin preocuparse por la integridad jurídica de las situaciones publicadas que, ni son garantizadas por el registro, ni son exclusivas del registro, considerando qué situaciones contradictorias pueden haber sido publicitadas registralmente. En este caso, la parte interesada debe hacer una depuración jurídica y averiguar cuál es válida y aplicable frente a terceros, por lo tanto, no existe una tutela por parte de un tercero que adquiera de buena fe el derecho publicitado.

En el registro de derechos, sin embargo, existe una actividad centrada no en la publicidad documental, sino en la publicidad de situaciones jurídicas existentes, válidas y eficaces, para garantizar el derecho inscrito y proteger al tercero que confió en esta garantía.

A primera vista, parece que la importancia de la diferencia establecida entre los registros de títulos, o documentos, y los registros de derechos, ha

disminuido cada vez más, ya que aquellos han adoptado una serie de medidas que de alguna manera los han acercado a estos. Para ilustrar, baste mencionar el número de actos presentados para el registro, con la consiguiente reducción de la brecha de registro existente, la creación de índices reales, así como la incorporación del principio del tracto sucesivo, etc.²⁹.

Sin embargo, al contrario de lo que puede evidenciarse, la distinción entre las especies de registro³⁰ mencionadas está justificada y sigue siendo importante, porque, aunque algunos sistemas de registro de documentos han adoptado ciertas características de los registros de derechos, estas adopciones se encuentran en la periferia, y el núcleo permanece formado por lo que caracteriza un registro de documentos y lo diferencia de un registro de derechos: la falta de calificación jurídica profunda del derecho que va a ser publicado y la no garantía del derecho publicado en relación con el tercero adquirente de buena fe³¹.

Los sistemas se aproximan en cuanto a que ambos buscan proteger el derecho subjetivo publicado, es decir, ambos persiguen la seguridad jurídica estática, pero difieren en el enfoque principal de cada uno: la seguridad del derecho solo, como un fin en sí mismo; y la seguridad del tráfico, aunque también garantice, y posiblemente de manera más efectiva, la seguridad de los derechos publicitados³².

El registro de derechos no solo da publicidad al derecho registrado, sino que también lo garantiza. Y como garantiza el derecho registrado, puede ir más allá, protegiendo no solo el derecho subjetivo registrado, sino también al que adquirió este derecho garantizado.

Por garantizar el derecho inscrito, en caso de que haya vicio, debe protegerse también a quien confió en esta garantía, incluso si está en conflicto con el verdadero titular del derecho.

Para hacer posible la publicidad de la situación jurídica garantizada, se produce previamente una sólida calificación del acto jurídico llevado al registro, a fin de verificar si está de acuerdo con el Derecho o no³³. Solo los buenos derechos, es decir, de acuerdo con el sistema jurídico, se inscriben y se publican; por lo tanto, solo se inscribirán los actos jurídicos existentes, válidos y eficaces.

Aquí no hay posibilidad de dobles cadenas de propiedad; no es posible la publicidad de derechos contradictorios —por lo tanto, solo uno de ellos será publicado—; a los posteriores se les negará el acceso registral.

En la medida en que la publicidad otorgue eficacia real al derecho —ya sea un derecho real o un derecho personal—, solo podrá disponer registralmente de algún derecho la persona que sea el titular registral del mismo.

Debido a que el registro de derechos solo publicita situaciones jurídicamente adecuadas, es decir, situaciones jurídicas que están en conformidad

con el Derecho, entonces el derecho publicitado está garantizado, porque existe la presunción de que el Estado lo considera apto.

Dicha presunción es *iure et de iure* en relación a terceros registrales adquirentes de buena fe, es decir, después de la circulación del derecho registrado, después de que este haya ingresado en el tráfico jurídico, el tercero de buena fe que lo adquirió, basándose en la información registral, está absolutamente protegido. No perderá su derecho, incluso si el sistema civil es causal, y el negocio jurídico subyacente sea considerado inválido. En ese caso, el Estado responderá civilmente, el Registro responderá, o quien haya causado la invalidez o publicidad de la situación jurídica inválida, pero el derecho publicado que circula en el tráfico seguirá garantizado.

Todas las situaciones jurídicas inmobiliarias oponibles a terceros deben publicarse, con raras excepciones de oponibilidades derivadas de la ley³⁴, que deben mantenerse al mínimo.

Estos son los *overriding interests*³⁵ del Derecho inglés, de los que trata S. ROWTON SIMPSON, sobre los cuales advierte que «*are a blemish on the principle that the register should be complete, and they should be kept to a minimum. Though some overriding interests are inevitable in any system, others are debatable*». El autor complementa afirmando que todos los acontecimientos que afectan una situación jurídica inmobiliaria deben incluirse en el registro de inmuebles, para que puedan verificarse rápidamente mediante una certificación³⁶.

Como advierte el *Alde Group Seminar*, las llamadas *hidden charges* existen en todos los sistemas de registro europeos, aunque el objetivo deba ser abolirlos en nombre de la seguridad del tráfico³⁷.

Las situaciones jurídicas inmobiliarias oponibles a terceros y no publicadas en el registro inmobiliario no son aceptadas pacíficamente en un sistema de registro de derechos, ya que maculan el sistema y la seguridad del tráfico³⁸.

Los registros de derechos tienen las siguientes características: Los derechos reales acceden siempre al registro, tanto en los casos en que se adquieran *inter vivos* como en los que se adquieran *mortis causa*; el registro sigue la técnica del folio real; se aplica el principio de tracto sucesivo; hay fe pública registral y el que adquiere confiando en lo que el registro publica es protegido aunque el derecho del transferente se anule por causas que no constan en el registro; hay una calificación registral más fuerte que comprende no solo los aspectos formales, sino también los sustantivos.

En este sistema, el registro es la prueba de la propiedad, no se trata solo de publicar sino también de garantizar lo publicado³⁹.

A diferencia de los registros de documentos, que publican los títulos que dieron origen a los derechos, incluso si dichos documentos se ordenan a través de un folio real, indexado por las fincas, y no por los titulares de los derechos,

los registros de derechos publican el derecho mismo, es decir, el énfasis de la publicidad radica en la situación jurídica, y no en el instrumento que la generó.

BENITO ARRUÑADA enseña que los «registros de derechos contienen información referida a los propios derechos, y no meramente a los títulos formales en que estos se apoyan, por lo cual requieren una depuración exhaustiva de los derechos reales antes de su inscripción»⁴⁰.

Para que este tipo de registro pueda publicar los derechos, garantizándolos, es necesario concentrar en el registro todas las situaciones jurídicas que deban ser oponibles a terceros, siendo ideal que ninguna situación inmobiliaria oponible a terceros se quede fuera del registro, además de que exista una sólida calificación registral, que haga previamente la depuración jurídica del derecho inscrito, controlando firmemente su continuidad.

La información del registro, por lo tanto, es simplificada por la depuración jurídica anterior llevada a cabo por el registrador, la cual permite, a aquellos que necesitan saber quién es el titular de un cierto derecho sobre determinada finca, así como si hay alguna carga sobre ella⁴¹, obtener la información de forma rápida y segura mediante un certificado del registro.

Tres son, por lo tanto, las características centrales de un sistema de registro de derechos: la concentración de todas las —o del máximo posible— de las situaciones jurídicas inmobiliarias que deban ser oponibles a terceros en el registro de inmuebles; la publicidad enfocada en el derecho y no en el título; y la garantía del derecho registrado⁴², a través de una completa calificación registral, así como por la protección del derecho registrado después de su adquisición por un tercero de buena fe⁴³.

Son ejemplos de registro de derechos el registro inmobiliario español y el alemán⁴⁴, en los cuales la protección del tráfico jurídico no deriva directamente de la publicidad registral, la cual es relativa y puede ser rectificada cuando no corresponde a la realidad jurídica, sino del principio de la tutela de la apariencia jurídica, aplicado a terceros que confiaron legítimamente en la información registral.

El Registro Torrens es también un ejemplo de registro de derechos, pero en él la protección del tráfico deriva directamente de la publicidad del registro⁴⁵, lo que le otorga una eficacia saneadora y absoluta, convirtiéndose, por lo tanto, en la realidad jurídica⁴⁶.

IV. ABSTRACCIÓN Y CAUSALIDAD ENTRE EL PLANO REAL Y OBLIGACIONAL Y LOS TIPOS DE REGISTRO DE BIENES INMUEBLES

Hecho el análisis de la distinción entre los registros inmobiliarios de derechos y de documentos, que protegen primordialmente la seguridad ju-

rídica estática y aquellos cuya protección se basa en la seguridad jurídica dinámica, ahora es necesario verificar si existe alguna relación necesaria entre esta distinción y el sistema jurídico-civil de separación del plano obligatorio y real, es decir, se existe alguna relación necesaria entre el sistema de registro adoptado, de acuerdo con la clasificación registral analizada, y la abstracción o causalidad⁴⁷ —absoluta o relativa— entre los actos jurídicos obligacionales y los efectos reales.

En un sistema civil donde haya una abstracción entre el plano real y el de obligaciones, ¿habrá necesariamente un registro inmobiliario de derechos? ¿Y en aquellos en que haya una causalidad absoluta o relativa entre el plano real y el de obligaciones, habrá necesariamente un sistema de registro de documentos?

Si las repuestas a esas cuestiones fueran positivas, los efectos materiales de un sistema registral estarían determinados una vez conocido el sistema de transmisión negocial de los derechos reales.

Así, por ejemplo, al Derecho alemán no le quedaría otra opción que calificar a su sistema registral como un registro de derechos, dada su abstracción causal.

Del mismo modo, en el Derecho francés, con su vinculación causal absoluta, la adopción de un sistema registral de documentos sería obligatorio, y no una opción.

En el mismo sentido, siendo positiva la respuesta para la cuestión planteada, en el Derecho brasileño, donde hay una causalidad relativa entre el derecho obligatorio y el real, el sistema registral no podría ser de derechos, en razón de tal causalidad —a pesar de ser relativa y no absoluta como en Francia—, siendo correcta la interpretación de que no hay protección del tercero adquirente de buena fe, de modo que su sistema registral deberá ser de documentos.

En caso de ser negativa la respuesta en relación con la cuestión de existir, o no, una vinculación obligatoria entre la solución para la separación de los planos real y obligatorio y los sistemas registrales inmobiliarios, entonces la discusión sobre los efectos materiales del sistema registral de un país es importante y está abierta, por lo tanto, a todas las posibilidades.

Por lo tanto: si no existe esta vinculación obligatoria, la relación entre los planos real y obligatorio del derecho no define el tipo de sistema registral inmobiliario, de modo que para conocerse los efectos materiales de este sistema se tiene que ir adelante.

La situación del derecho brasileño es particularmente interesante en este momento, porque la separación de los planos real y obligatorio del derecho tiene connotaciones diferentes de las comúnmente existentes: el Derecho brasileño ha adoptado una causalidad relativa en que, a pesar de haber relación causal entre el derecho real creado y el acto jurídico subya-

cente, esta relación no es absoluta, es decir, no es del propio acto jurídico —del consenso— que nace el derecho real. También, escapa de la solución romana, porque el *modus* de transmisión no es la *traditio*, pero la propia publicidad registral inmobiliaria.

La discusión acerca de si en el Derecho brasileño hay abstracción o causalidad entre el plano real y el obligacional no fue pacífica, siendo polarizada entre PONTES DE MIRANDA⁴⁸, para quien el sistema brasileño es abstracto, y CLÓVIS DO COUTO E SILVA⁴⁹, para quien hay una causalidad relativa, siendo la tesis de este la ganadora, hoy ampliamente aceptada.

La constitución o transmisión por negocio jurídico entre vivos de un derecho real inmobiliario, en el Derecho brasileño, comporta tres momentos: dos negocios jurídicos, ubicados en diferentes planos, y un acto público: 1) negocio jurídico subyacente, de derecho de obligaciones, como un contrato de compra y venta, por ejemplo; 2) el negocio jurídico de constitución o de transmisión del derecho real, de derecho de las cosas; y 3) el acto registral, en el registro de bienes inmuebles con atribución territorial.

Hay, desde un punto de vista del negocio jurídico, un negocio jurídico bilateral ubicado en el plano de obligaciones, por lo cual está uno obligado a constituir, o transmitir, un derecho real —gratuita o onerosamente— vinculado jurídicamente a otro negocio jurídico bilateral de transmisión o constitución del derecho real, ubicado este en el plano de los derechos reales.

Para que se logre la creación o transmisión del derecho real, ambos negocios deben coexistir, porque son interdependientes. En otras palabras, el negocio de derecho de cosas no puede existir sin el negocio de obligaciones, porque no es abstracto, debiendo así haber una causa para la manifestación de voluntad de constitución/transmisión del derecho real. El negocio obligacional, por sí solo, no tiene efecto en la esfera real, porque importa solamente la voluntad de obligarse a crear/transmitir ciertos derechos reales, sin importar en la voluntad de efectivamente crear/transmitir referido derecho.

El contrato que tiene por finalidad la constitución o transmisión de un derecho real es, al mismo tiempo, acuerdo subyacente, obligacional, de crear la obligación de institución/transmisión del derecho real, y contrato de transmisión, o de constitución, de un derecho real, los cuales, aunque sean uno en el plano psicológico, son distintos, pero interdependientes, en el plan jurídico.

En los casos en que el cumplimiento de una obligación se realiza a través de un negocio jurídico⁵⁰, como en la constitución/transmisión de un derecho real, existe la necesidad de un negocio jurídico de disposición. Esto último constituirá cumplimiento de la obligación subyacente y será, a su vez, concretado (en el caso de derechos reales inmobiliarios) por el registro de bienes inmuebles. Hay, en las hipótesis señaladas, una interdependencia entre los dos contratos: uno no puede existir sin el otro, y la manifestación

de voluntad declarada para la realización del negocio jurídico de derecho de obligaciones incluye ya, necesariamente, la manifestación de voluntad para el cumplimiento por medio del negocio jurídico de derecho de cosas, porque siendo la obligación un proceso orientado para el cumplimiento, no es posible separar ambas las voluntades⁵¹.

La existencia del acuerdo de transmisión, distinto del negocio jurídico base que le ha servido de causa, es innegable en el Derecho brasileño, como ha demostrado CLÓVIS DO COUTO E SILVA, sirviendo la compra y venta con reserva de dominio como prueba científica para ello. Se da una condición para la transmisión del dominio de la cosa vendida, la cual suspende la transmisión de la propiedad vendida hasta el pago del precio, esta condición no puede estar en la compra y venta, porque su efecto no es el de transmitir el dominio, ni en la tradición, que es incondicional porque es un acto-facto jurídico, estando, así, en un negocio jurídico ubicado entre la compra y venta y la tradición, y que tiene la eficacia de permitir la transmisión del derecho real⁵².

El acuerdo de transmisión, necesario para la constitución o transmisión de un derecho real por la vía del negocio *inter vivos*, consiste en un negocio jurídico en el cual se manifiesta la voluntad de transmitir el derecho real, cuya eficacia radica en la creación de un derecho potestativo a la constitución del derecho real de que trata el acuerdo. Es lo que PONTES DE MIRANDA llama de negocio jurídico juri-real⁵³.

El acuerdo de transmisión genera una mutación jurídica sin crear una deuda, ni da lugar a una contraprestación exigible; genera un derecho potestativo, cuyo ejercicio depende exclusivamente de la voluntad de su titular⁵⁴.

Todavía, como he señalado, en los casos en que el acuerdo de transmisión es el cumplimiento de un contrato subyacente de derecho de obligaciones, la voluntad de transmitir o constituir un derecho real (necesaria para el negocio jurídico dispositivo), está ya contenida en la voluntad declarada en el negocio jurídico obligacional (que tiene la eficacia de crear la obligación de transmitir el derecho real, pero no de transmitirlo, función que es del negocio jurídico dispositivo). Como la obligación consiste en un proceso destinado al cumplimiento, no se puede separar ambas voluntades, es decir, declarada la voluntad de obligarse a transmitir cierto derecho real, estará declarada también la voluntad de transmitir efectivamente el derecho real, o sea, la voluntad de cumplir la obligación asumida, a la vez que la obligación solo está creada para ser cumplida, aunque sea posible su incumplimiento.

A pesar de la existencia distinta, en el Derecho Brasileño, del negocio obligacional y del negocio de disposición, no hay necesidad de manifestaciones de voluntad claramente distintas, ya que la manifestación de voluntad en obligarse conlleva, en el derecho brasileño, la manifestación de voluntad de cumplir la obligación⁵⁵.

No es posible imaginar la ausencia jurídica del acuerdo de disposición en el Derecho brasileño, apartado del negocio jurídico que le sirvió como causa, mirándolos como algo jurídicamente único⁵⁶; mientras tanto, no hay entre ellos abstracción, de modo que, como uno es causa del otro, la voluntad declarada para constituir una obligación implica la voluntad de cumplirla.

El contrato de constitución/transferencia de un derecho real es, de este modo, al mismo tiempo, negocio jurídico de derecho de obligaciones (que crea la obligación de constituir/transmitir el derecho real, gratuita u onerosamente) y negocio jurídico de derecho de cosas (acuerdo de transmisión; negocio jurídico real, cuya eficacia es crear un derecho potestativo a la constitución del derecho real para el beneficiado en el acuerdo, mediante el registro, lo cual, a su vez, implica el ejercicio del derecho potestativo; crea un derecho a la constitución del derecho real, pero no crea el propio derecho real —función que es del Registro— ni genera solamente obligaciones exigibles al otro).

El negocio jurídico de derecho de obligaciones o de derecho de cosas son el mismo en el plano psicológico, pero distintos en el plano jurídico.

El contrato de disposición difiere del contrato de base, subyacente⁵⁷, lo cual tiene eficacia simplemente obligacional, es decir, crea para alguien la obligación de instituir o transmitir un derecho real en favor de otra persona. Este es el caso, por ejemplo, de un negocio jurídico de compra y venta (institución onerosa) de una propiedad superficiaria⁵⁸.

Difiere también del acto de creación del derecho real, sea la tradición para los bienes muebles, lo que es acto-facto, sea el registro para los inmuebles, que es «ato de direito público, não integrado pela vontade das partes»⁵⁹. El Registro de bienes inmuebles, en el caso de los derechos inmobiliarios, crea el derecho real, y deriva del ejercicio del derecho potestativo (a la constitución/transmisión del derecho real) generado por el acuerdo de transmisión, consistiendo en la ejecución⁶⁰ del contrato.

Para el surgimiento del derecho real inmobiliario por la vía negocial existen, en la realidad, tres momentos jurídicos: 1) el contrato subyacente, de derecho de obligaciones; 2) el contrato (real) de transmisión; y 3) el registro en el registro inmobiliario.

La constitución negocial de un derecho real inmobiliario deriva del contrato obligacional (lo cual solamente tiene la eficacia de crear la obligación de transmitir el derecho real), del acuerdo de transmisión (que contiene las voluntades para la transmisión o constitución del derecho real, las cuales son necesarias ya que en el negocio base no hay voluntad de transmitir, sino solamente de obligarse a transmitir), más el registro (cuyo consentimiento para la ejecución está implícito en el contrato de transmisión).

No hay abstracción entre el negocio jurídico de derecho de obligaciones y el derecho de cosas. Es decir, no existe una separación absoluta, en el Derecho brasileño, entre el plano real y el obligacional⁶¹.

Existe una causalidad relativa, que crea una interdependencia entre el negocio jurídico obligacional y el real, de modo que uno es causa del otro. No hay una causalidad absoluta⁶², porque el negocio obligacional no tiene eficacia real, siendo necesaria la existencia de un negocio jurídico-real; ni hay abstracción, porque hay una interdependencia causal entre ellos⁶³.

El negocio jurídico base tiene eficacia meramente obligacional, o sea, genera solamente la obligación de instituir o transmitir el derecho real; genera solamente derecho, pretensiones y acciones, pero su cumplimiento pide un negocio jurídico de transmisión.

En la medida en que no hay abstracción entre el negocio jurídico obligacional y el real, y en la medida en que la obligación ya nace orientada para el cumplimiento, se concluye que, en el derecho civil brasileño, la voluntad de obligarse y la de cumplir son declaradas conjuntamente en el negocio jurídico obligacional. Así, celebrado un contrato, por ejemplo, de compra y venta, no habrá necesidad de celebrar otro contrato de cumplimiento, ni de separar y explicar en el instrumento la voluntad de cumplir, a la vez que esta está conjuntamente declarada en el negocio obligacional, de manera automática, ya que, conforme dicho, la obligación solamente nace para ser cumplida, aunque sea sujeta a incumplimiento.

Por esta misma razón jurídica no es posible una existencia autónoma del negocio jurídico de disposición, ya que, habiendo una causalidad relativa, tendrá la necesidad de existir una obligación previa a ser cumplida.

Mientras tanto, debido a la separación entre el plano obligacional y el real, es imposible no ver la distinción jurídica entre los negocios de creación y de cumplimiento del vínculo obligacional, imaginando que se trata de una unidad jurídica.

Son distintos los negocios, aunque sean las voluntades declaradas conjuntamente, y de que existe una causalidad relativa entre ellos⁶⁴.

En la precisa lección de Pontes de Miranda, el «acordo de transmissão (Einigung) de direito das coisas é pressuposto, necessário (salvo a lei que lhe supra a falta)»⁶⁵ del registro inmobiliario, «porque é nele que se contém as manifestações de vontade para a modificação material do direito de propriedade»⁶⁶, u otro derecho real⁶⁷.

El registro, en el Registro de Propiedad con atribución territorial para el acto, es constitutivo del derecho real instituido o transmitido entre vivos⁶⁸.

Sin el registro no tiene el nacimiento del derecho real surgido negocialmente⁶⁹, permaneciendo el contrato en el ámbito obligacional. Existe la potencialidad de ingresar en la esfera de la eficacia real; existe el derecho potestativo a la constitución del derecho real; pero sin registro, derecho real no hay. El registro es, en estos casos, constitutivo.

El contrato jurídico-real de institución de un derecho real no es abstracto, es decir, no se desprende de la causa (contrato obligacional) que le

ha dado vida. Al contrario, referida institución, desde un punto de vista negocial, abarca los dos negocios jurídicos —el de derecho de obligaciones y el de derecho de cosas— existentes, y relativamente causales entre sí.

De la misma forma, el registro no es abstracto, porque está ubicado en el plano real —así como el negocio dispositivo— y, como se señaló, no hay abstracción entre el plano real y el obligacional.

El fundamento que es causa del negocio dispositivo y del registro, con-substanciado en un negocio jurídico base, continúa siendo relevante desde el punto de vista jurídico del derecho real, de forma que un vicio suyo irradia efectos en el ámbito de los derechos reales.

En ese sentido, no puede sobrevivir el derecho real válido⁷⁰ si el negocio jurídico base es inválido⁷¹.

En la medida en que el negocio jurídico subyacente, obligacional, es la causa del negocio de transmisión, así como de la inscripción en el registro, la invalidez de aquel se extiende a estos⁷².

Para ilustrar, baste como ejemplo, la compraventa de una finca, que se registró siendo inválida; esta invalidez se propagará al acuerdo de transmisión y también al registro.

Difiere así, el sistema brasileño del francés⁷³, en lo cual hay una vinculación de causalidad absoluta entre el plano real y el obligacional, es decir, la relación jurídica de derecho obligacional confiere ya efectos reales⁷⁴; la causa inmediata, de la cual deriva el derecho real, es el vínculo obligacional; el contrato crea, por sí mismo, el derecho real.

Difiere también del sistema alemán, en lo cual hay abstracción entre el plano real y el obligacional⁷⁵, es decir, no hay vínculo de causalidad entre el negocio jurídico de derecho de obligaciones (por ejemplo, un contrato de compraventa, el cual solamente genera la obligación de transferir el derecho de propiedad, porque así es la voluntad en él manifestada) y el negocio jurídico de derecho de cosas (el negocio translativo, en el cual se manifiesta la voluntad de transmitir la propiedad)⁷⁶. Contrato obligacional y contrato real son independientes entre sí. Puede existir solamente el segundo, y el derecho real surgirá igualmente, porque no se exige una causa para ello. Hay una independencia del negocio jurídico de disposición en relación con su causa; así, si el negocio obligacional fuera inexistente, inválido, o ineficaz, pero el vicio fuera solamente suyo y no también del negocio translativo, no quedará afectado el derecho real, teniendo apenas derecho de acción por el enriquecimiento sin causa para aquel dañado por la pérdida del derecho⁷⁷.

Cabe señalar que, en la legislación alemana, aunque existe una abstracción entre el negocio obligacional y el real, no existe una abstracción entre el negocio real y el registro inmobiliario, por lo que, si el negocio real contiene vicio, este se extiende al registro⁷⁸. El vicio del negocio obligacional no afecta al registro, como tampoco afecta al negocio real; permanece

intacto el derecho real constituido o transmitido; sin embargo, el vicio del propio proceso registral, o del negocio real, afecta al registro y al derecho real constituido o transmitido, porque entre el registro y el negocio real hay causalidad, y el registro no es depurador. En este caso, el tercero que ha adquirido de buena fe, confiando en el registro, resultará protegido, porque en el Derecho alemán, existe la actuación del principio de protección de la apariencia, amparado en la protección de la confianza legítima, para proteger a ese tercero. Pero, en la relación directa, sin que haya el tráfico jurídico, el derecho real será manchado.

De hecho, en los sistemas de transmisión inmobiliaria en los que hay una abstracción causal, desde el punto de vista del registro, el problema de posible vicio registral debido a un vicio negocial no es eliminado, pero apenas desplazado del negocio jurídico obligacional para el negocio jurídico real. Si el negocio real (contrato de transmisión) es abstracto con relación al negocio obligacional (compraventa, por ejemplo), no lo es en relación con el registro, por lo que, si está viciado el acuerdo de transmisión, también estará viciado el registro. En este caso, la calificación registral debe recaer sobre el negocio de transmisión, y no sobre el negocio obligacional (o exclusivamente, en el caso de causalidad absoluta), como ocurre en un sistema causal.

Aún así, la pregunta propuesta en el inicio de este trabajo se mantiene: esta divergencia entre causalidad (absoluta o relativa) y abstracción, ¿implica un vínculo necesario con algún sistema de registro específico?

La respuesta a esta pregunta es que no existe una relación necesaria entre el tipo registral y el sistema de vinculación entre el plano real y el obligacional, sino solo una tendencia jurídica⁷⁹, la cual es más fuerte en los sistemas en los cuales el ámbito real es abstracto con relación al ámbito obligacional. En estos sistemas, hay una tendencia a adoptar un sistema de registro de derechos, no siendo, todavía, jurídicamente inviable, o prohibido, adoptar un sistema de registro de documentos.

No hay nada que impida, jurídicamente, que en un sistema jurídico-civil de abstracción entre el negocio jurídico obligacional y el real haya un sistema de registro de documentos, sin una calificación profunda del negocio jurídico de transmisión y sin garantía del tercer adquirente de buena fe. Aún así, no es lo que suele pasar.

Es probable que la explicación para esta tendencia derive del hecho de que la adopción de la abstracción esté justificada por la búsqueda de una mayor seguridad jurídica dinámica⁸⁰, una vez que queda imposibilitada la pérdida del derecho real adquirido, a pesar de la existencia de vicios constantes en el negocio jurídico obligacional⁸¹.

En la medida en que se adhiera a la abstracción del derecho real en relación con el derecho obligacional, en búsqueda de un aumento en la

seguridad del tráfico⁸², sería incongruente, en el paso siguiente, adoptarse un sistema registral de documentos, que no tutela el tráfico jurídico. Lo más apropiado es la adopción de un sistema de registro de derechos, que protege la seguridad jurídica dinámica.

En este caso, habría una incongruencia en la adopción de un sistema de registro de documentos, pero no habría imposibilidad legal de adherirse a esta solución.

Del mismo modo, en los sistemas causales, hay una tendencia —menos fuerte que la existente en los sistemas abstractos— de adoptar sistemas de registro de documentos. Pero no raramente se encuentra la adopción de sistemas registrales de derechos⁸³, como ocurre, por ejemplo, en España.

Hay una tendencia menos fuerte que la encontrada en los sistemas abstractos, porque mientras en estos habría una inconsistencia jurídica entre adherirse a cierto sistema de derecho material dirigido a una búsqueda previa de la seguridad del tráfico —por medio de la abstracción causal— y más allá no adoptarse la misma precaución al sistema registral que le da efectividad —un registro de documentos, en lugar de un registro de derechos—, en los sistemas causales, por no buscar directamente la seguridad del tráfico, puede el sistema registral permanecer tanto en la búsqueda de seguridad jurídica estática cuanto dar un paso adelante, buscando la seguridad jurídica dinámica⁸⁴, sin que exista, en cualquier caso, alguna contradicción lógica con la opción civilista. A pesar de esto, hay una tendencia de que los sistemas causales —principalmente en relación a los absolutamente causales— adopten un sistema de registro de documentos, como, por ejemplo, en Francia y en la mayoría de Italia.

Pero no pasa de una tendencia⁸⁵ y, por lo tanto, no hay necesidad jurídica de que se confirme⁸⁶.

De hecho, hay ejemplos que contradicen las tendencias señaladas y corroboran la posibilidad de adoptar diferentes sistemas⁸⁷.

España, por ejemplo, es un caso de un sistema civilista de causalidad relativa (la eficacia real no deriva de la manifestación de voluntad)⁸⁸, cuya transmisión del derecho real se da con la unión del *titulus* (negocio jurídico) con el *modus* (tradicición)⁸⁹, tanto para muebles como para bienes inmuebles, cuyo registro de inmuebles, aunque sea declarativo —una vez que existe el negocio jurídico y la tradición, ya ha ocurrido la creación del derecho real— es de derechos. Hay una sólida y previa calificación registral de lo inscrito y publicado, lo que permite garantizarlo para el tercer adquirente de buena fe⁹⁰, que confía en la publicidad del registro⁹¹.

El sistema brasileño, como hemos visto, es relativamente causal, pero tiene un sistema registral inmobiliario de derechos, basado en el sistema alemán, que protege el tercero adquirente de buena fe⁹², consistiendo también en una quiebra de la tendencia arriba apuntada.

Otro ejemplo que contradice la tendencia apuntada es el de los Estados Unidos de América. En este país, existe un sistema abstracto, cuyo acto de transmisión (*conveyance*⁹³ o *deed*) de un *legal estate*⁹⁴, registrable, es abstracto en relación al negocio jurídico subyacente (*contract*), lo cual produce solo efectos obligacionales⁹⁵. Mientras tanto, el sistema de registro norteamericano es un sistema de registro de documentos.

Los Estados Unidos de América son un ejemplo de país que tiene un sistema registral de documentos, a pesar de la abstracción causal de la transmisión inmobiliaria. No hay garantía de los derechos registrados⁹⁶ ni hay protección adecuada para los terceros adquirentes de buena fe.

Es de hecho, el Registro norteamericano⁹⁷, en sus varias subespecies federativas, un registro de documentos y, como tal, es un «depósito» de informaciones respecto a los derechos inmobiliarios registrados⁹⁸, sin una importante calificación jurídica de esta información, es decir, derechos decurrentes de actos jurídicos inexistentes, inválidos o ineficaces⁹⁹ serán publicados, y deberá la parte interesada en la adquisición de estos derechos depurarlos antes de la adquisición, pero posteriormente al registro realizado por el ahora transmitente.

En este sentido, a pesar de tutelar en alguna medida a los terceros de buena fe —aunque los requisitos para ser un tercero de buena fe puedan variar— esa tutela es siempre bastante frágil, relativa, y jamás absoluta, porque para que haya esta protección es necesario que el derecho registrado sea «bueno», que no tenga vicios jurídicos no detectados y depurados previamente al registro. Esto es así, porque, si el derecho publicado está viciado, no se protegerá al tercer adquirente¹⁰⁰.

Hay, además, una serie de situaciones jurídicas que pueden afectar al tercer adquirente, y que, sin embargo, no son publicadas por el registro inmobiliario¹⁰¹, lo que provoca un hiato registral, típico de los registros de documentos.

Aquel que desee adquirir un derecho registrable, además de verificar las situaciones jurídicas registradas¹⁰², deberá también verificar una cantidad de situaciones extraregistrales, algunas no siempre visibles, como, por ejemplo, el hecho de que el entonces adquirente y ahora transmitente haya conocido algún negocio jurídico translativo anterior al suyo, e incompatible con él, en un Estado cuyo registro sea del tipo *notice* o *race-notice*.

Como todo registro de documentos, existe la necesidad de, en cada adquisición de un derecho registrado, hacer una pesquisa registral en todas las cadenas de derechos publicadas, además de efectuar una búsqueda fuera del registro, en órganos administrativos o judiciales, sin que exista una adecuada limitación de la información que deba obtenerse para que el derecho se pueda garantizar. Esto hace las transacciones más lentas, costosas y inseguras de lo que deberían ser¹⁰³.

Respecto al sistema registral norteamericano, la necesidad de retroceder en la cadena registral, en esa búsqueda de información, va hasta la primera concesión de la finca¹⁰⁴, pero, en razón de la dificultad de esta búsqueda, muchos Estados hicieron leyes limitándola en el tiempo, determinando la extinción de los derechos contrarios al derecho registrado en plazos que varían desde 20 hasta 50 años, salvo si el titular los tiene actualizados en el registro¹⁰⁵.

De este modo, en estos Estados, los adverse interests no recorded en el límite del tiempo estipulado no serán oponibles a los terceros, a pesar de haber algunas excepciones a esta regla¹⁰⁶.

Se trata, por tanto, de un sistema registral de documentos, con un sistema abstracto de transmisión de derechos inmobiliarios¹⁰⁷.

V. CONCLUSIONES

I. Los sistemas registrales que pretenden proteger principalmente la llamada seguridad jurídica estática son los registros de documentos, los cuales no tutelan el tráfico jurídico.

II. Los sistemas registrales que protegen al tráfico jurídico son los registros de derechos, que protegen al derecho inscrito y al tercero adquirente de buena fe.

III. La adopción de uno u o otro sistema registral nada tiene que ver con el sistema elegido para la separación de los planos real y obligacional del derecho civil, de abstracción o vinculación de la causa.

IV. La elección entre abstracción/causalidad genera solamente una tendencia en relación al sistema registral inmobiliario, la cual puede confirmarse o no.

V. Esto se prueba por la existencia de sistemas causales que tienen sistemas registrales de derechos, como ocurre en España, por ejemplo, y de sistemas abstractos que tienen un registro de documentos, como en Estados Unidos de América.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALDE GROUP SEMINAR. (2011). European property law rights and wrongs. *European Land Registry Association — ELRA Annual Publication*, núm. 4, 100-103.
- (2009). *Annual Publication*, núm. 2, 8-32.
- ANTONMATTEI, P. RAYNARD, J. (2002). *Droit civil: contrats spéciaux*. Paris: Litec.
- ARRUÑADA, B. (2004). *La contratación de derechos de propiedad: un análisis económico*. Madrid: Fundación Benéficientia Et Peritia Iuris.

- BRANDELLI, L. (2016). *Registro de Imóveis: Eficácia Material*. Rio de Janeiro: Forense.
- CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, F. (1974). *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. t. III.
- (1972). *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi. t. XXXVIII.
- (1971). *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi. t. XVIII.
- (1971). *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi. t. XI.
- DANOS, F. (2007). *Propriété, possession et opposabilité*. Paris: Economica.
- DE ALMEIDA PRADO, F.B. (1943). *Eficacia probatoria do registro*. São Paulo: Freitas Bastos.
- DE SERPA LOPES, M.M. (1947). *Tratado dos registros públicos*. Rio de Janeiro: A Noite. v. I.
- DI COSTANZO, L. (2005). *La pubblicità immobiliare nei sistemi di common law*. Napoli: Scientifqche Italiane.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1996). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Civitas. v. I.
- DO COUTO E SILVA, C. (2007). *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV.
- EMANUEL, S.L. (2012). *Property*, New York: Wolters Kluwer.
- GARCÍA, L. (1927). *Registro de Imóveis: a inscrição: parte I: a hypotheca*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves.
- GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2009). Registration systems in the real estate and mortgage market. *ELRA Annual Publication*, núm. 2, 8-32.
- (2008). *La calificación registral (Tomos I, II, y III)*. Madrid: Civitas.
- GOMES, O. (1985). *Código civil: projeto Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Forense.
- HATTENHAUER, H. (1987). *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., LUNA SERRANO, A. y RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1990). *Parte general del derecho civil*. Barcelona: JMB.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1959). *Derecho inmobiliario registral*. Bcelona: Bosch.
- MALLOY, R.P., SMITH, J.C. (2010). *Real estate*, New York: Wolters Kluwer.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. (2008). Cuestiones económicas en torno a las reglas de transmisión de la propiedad y de publicidad inmobiliaria. *InDret*, núm. 3.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. (2011). *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*. Navarra: Thomson Reuters.
- MORO SERRANO, A. (1986). *Los sistemas registrales inmobiliarios en los Estados Unidos*. Madrid: Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad (Centro de Estudios Hipotecarios) y Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (Servicio de Publicaciones).
- NOGUEROLES PEIRÓ, N. (2007). La evolución de los sistemas registrales en Europa. *Noticias de la Unión Europea*, núm. 265, 121-134.
- NORONHA, F. (2007). *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva.
- PEREIRA MENDES, I. (1999). *Estudos sobre registro predial*. Coimbra: Almedina.
- ROWTON SIMPSON, S. (1976). *Land law and registration*. Cambridge: Cambridge University Press. Book 1.

- SIMLER, P., DELEBECQUE, P. (2004). *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*. Paris: Dalloz.
- SORIANO NETO. (1940). *Publicidade material do registro imobiliário (efeitos da transcrição)*. Recife: [S.e.].
- TAYLOR, G. (2008). *The law of the land: the advent of the torrens system in Canada*. Toronto: University of Toronto Press.
- THOMPSON, M.P. (2009). *Modern land law*. Oxford: Oxford University Press.
- U.S. Department of Agriculture, U.S. Department of Commerce. (1974). *Land title recording in the United States: A statistical summary*. Washington: US Government.
- VOIRIN, P. GOUBEAUX, G. (2005). *Droit civil*. Paris: LGDJ, 2005. t. 1.
- WESTERMANN, H. *et al.* (2007). *Derechos reales*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado.
- WITZ, C. (1992). *Droit privé allemand: actes juridiques, droits subjectifs: BGB, partie générale: Loi sur les conditions générales d'affaires*. Paris: Litec.

NOTAS

¹ *Registration of deeds, o negative registration*, para los autores de los sistemas de *Common Law*. Ver por todos: ROWTON SIMPSON, S. (1976). *Land law and registration*. Cambridge: Cambridge University Press. Book 1. 14.

² ARRUÑADA, B. (2004). *La contratación de derechos de propiedad: un análisis económico*. Madrid: Fundación Beneficentia Et Peritia Iuris. 91.

³ A pesar de, conforme ha alertado Peiró, muchos sistemas de registros de documentos haber evolucionado sus búsquedas para ficharios reales, indexados por las fincas NOGUEROLAS PEIRÓ, N. (2007). La evolución de los sistemas registrales en Europa. *Noticias de la Unión Europea*, núm. 265, 123. En la medida que los registros de documentos apenas publicizan las cadenas de títulos que generan situaciones jurídicas que devam ser oponibles a terceros, no habiendo una calificación jurídica de la situación inscrita, la existencia de ficharios reales facilita las búsquedas registrales, pero en nada altera la situación jurídica para el tercero adquirente, lo cual deberá analizar toda la cadena de titularidad durante el plazo máximo de usucapión, o mismo analizar todas las cadenas de titularidad, se más de una esté inscrita, para saber cual prevalecerá jurídicamente.

⁴ Así, v.g., se A ha vendido la misma finca para B e C, ambos los negocios jurídicos podrán ser publicizados, creando cadenas dobles, ambas publicizadas, de modo que, se no hay un apropiado análisis por los terceros interesados en adquirir referido derecho de propiedad, ambas las cadenas pueden tener seguimiento registral, sin que ambas sean válidas.

⁵ Alerta Arruñada que un registro de documentos puede contener tres clases de títulos: 1) Documentos sin análisis previa respecto sus vicios jurídicos; 2) documentos en los cuales el análisis ha sido hecho, pero los vicios no fueran sanados; y 3) documentos en que el análisis ha sido hecho y posibles vicios alejados. Remata el autor aseverando que el trabajo de análisis de los documentos registrales, por la parte o por los terceros por ella contratados, es fundamental, pues no es posible saber de antemano de cual de las tres hipótesis se trata. Puedese, incluso, encontrar las tres hipótesis en una misma cadena registral [ARRUÑADA, B. (2004). *La contratación de derechos de propiedad: un análisis económico*. Madrid: Fundación Beneficentia Et Peritia Iuris. 95].

⁶ NOGUEROLAS PEIRÓ, N. (2007). La evolución de los sistemas registrales en Europa. *Noticias de la Unión Europea*, núm. 265.

⁷ ROWTON SIMPSON, S. (1976). *Land law and registration*. Cambridge: Cambridge University Press. Book 1. 13-14.

⁸ Privadas, dígaselo una vez más, en sentido de que no están publicizadas en un órgano específico de publicidad, en un registro inmobiliario, y no en sentido que podría parecer, de que están consubstanciadas en un instrumento particular, en oposición a un instrumento público.

⁹ ROWTON SIMPSON, S. (1976). *Land law and registration*. Cambridge: Cambridge University Press. Book 1. 13-14.

¹⁰ ROWTON SIMPSON, S. (1976). *Land law and registration*. Cambridge: Cambridge University Press. Book 1. 15.

¹¹ Véase: NOGUEROLES PEIRÓ, N. (2007). La evolución de los sistemas registrales en Europa. *Noticias de la Unión Europea*, núm. 265, 121.

¹² En este respecto asevera Peiró que no existen más modelos puros de registros de documentos en Europa, habiendo registros con oponibilidad e con brechas, a la vez que los actos *mortis causa* no son registrables (Bélgica y Luxemburgo); otros con oponibilidad y continuidad de los asientos (Italia); oponibilidad y tracto sucesivo, con imposibilidad de registro sin que se siga la cadena registral (Francia); oponibilidad y protección de terceros en casos raros y limitados (Holanda); y oponibilidad, tracto sucesivo y presunción relativa de exactitud del publicado (Lorena, Portugal, Escocia e Irlanda) [NOGUEROLES PEIRÓ, N. (2007). La evolución de los sistemas registrales en Europa. *Noticias de la Unión Europea*, núm. 265, 133-134].

¹³ Véanse las palabras de Simpson: «It is obvious that the mere copying of a deed by the Registry without any critical examination does nothing to remedy any deficiency in the deed. It follows therefore that investigation of its validity and effect will still be necessary before any further transaction can be safely conducted on the strength of it. [...] This investigation will be facilitated by a register of deeds to a greater or lesser extent depending on the manner in which it is kept, and particularly on the way in which it is indexed. But, however well it is indexed, a deeds register will not show matters which affect a title but are not the subject of a deed. An example is succession on death» [ROWTON SIMPSON, S. (1976). *Land law and registration*. Cambridge: Cambridge University Press. Book 1. 15].

¹⁴ Véase por todos: GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2009). Registration systems in the real estate and mortgage market. *ELRA Annual Publication*, núm. 2, 8-32. NOGUEROLES PEIRÓ, N. (2007). La evolución de los sistemas registrales en Europa. *Noticias de la Unión Europea*, núm. 265, 122. El sistema registral francés tuvo origen con la Ley de 11 Brumario del año VII (1 de noviembre de 1798), siendo prácticamente abandonado por el Código civil, y restaurado por la ley registral de 23 de marzo de 1855. Todavía, aunque haya sido el sistema francés el inspirador de los sistemas registrales de documentos en el derecho latino, se debe notar que en el *Common Law* hay evidencias de ter el registro de documentos surgido aún antes, a la vez que, en la colonia norteamericana de Plymouth, la primera ley instituyendo un registro así es del año de 1627, tiendo en 1639 la Virginia hecho el mismo (MORO SERRANO, (1986). A. *Los sistemas registrales inmobiliarios en los Estados Unidos*. Madrid: Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad (Centro de Estudios Hipotecarios) y Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (Servicio de Publicaciones), 53.

¹⁵ SIMLER, P. y DELEBECQUE, P. (2004). *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*. Paris: Dalloz. 667.

¹⁶ «Real property records and recording systems became important as private rights in property merged» (U.S. Department of Agriculture, U.S. Department of Commerce. [1974]. *Land title recording in the United States: A statistical summary*. Washington: US Government. 2)

¹⁷ A pesar del derecho de propiedad norteamericano, de la familia del *common law*, diferir substancialmente del tratamiento jurídico dado al derecho de propiedad en los

sistemas jurídicos de la familia romano-germánica, siendo aquel basado en la idea de *estates y tenures*. Como recuerda Serrano, «las relaciones jurídicas inmobiliarias son tan extraordinariamente complejas que no se pueden agrupar, como en el Derecho romano, en torno al concepto simple del dominio, sino que ha sido preciso configurarlas en torno a dos instituciones jurídicas básicas, las tenencias y los *estates*» (MORO SERRANO, A. (1986). *Los sistemas registrales inmobiliarios en los Estados Unidos*. Madrid: Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad (Centro de Estudios Hipotecarios) y Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (Servicio de Publicaciones). 19). También Costanzo enseña que a «una concezione statica e unitaria, caratteristica del *civil law*, si contrappone una visione dinamica e frammentata della proprietà che, in *common law*, si esprime attraverso il concetto di *estate*. La *doctrine of the estate* indica la condizione o lo *status* un cui una persona si trova rispetto a un immobile» (DI COSTANZO, L. (2005). *La pubblicità immobiliare nei sistemi di common law*. Napoli: Scientifiche Italiane. 62). Véase a respecto: THOMPSON, M.P. (2009). *Modern land law*. Oxford: Oxford University Press. 21.

¹⁸ U.S. Department of Agriculture, U.S. Department of Commerce. (1974). *Land title recording in the United States: A statistical summary*. Washington: US Government. 3.

¹⁹ Este se divide en tres categorías: *race*, *notice* y *race-notice*. Los de tipo *race* penalizan los documentos conteniendo derechos inmobiliarios oponibles *erga omnes* no registrados, haciendo que no haya eficacia ante terceros adquirentes con título oneroso, siendo estos terceros considerados de buena fe, desde que tengan registrado su título, aunque conozcan eventual negocio jurídico contradictorio no registrado. El derecho por primer registrado, se válido, prevalecerá contra cualquier otro derecho, no registrado u registrado posteriormente. Son adoptados en los Estados de Luisiana, Carolina del Norte y Delaware. Los de tipo *notice* apenas protegen a los terceros que tengan adquirido sin conocer la existencia de alguna alienación no registrada, sin lo que no habrá buena fe. Hay protección del adquirente de buena fe mismo que tenga efectuado el registro posteriormente a alguna persona de mala fe. Por fin, los de tipo *race-notice*, en que, para ser protegido, el tercero, además de ser de buena fe, debe tener registrado el título por primer. Se A vende un inmueble para B, y en seguida vende el mismo inmueble para C, en un registro de tipo *notice*, C adquirirá el derecho se desconocer el negocio celebrado entre A y B; en un registro de tipo *race-notice*, C será protegido se además de desconocer el negocio entre A y B ha registrado su título antes de C; y, por fin, en lo de tipo *race*, C será protegido siempre, desde que registre antes su negocio jurídico, aunque conozca el negocio celebrado entre A y B. Según Steven L. Emanuel, los *pure race statute* «places a premium on the race to the record's office. The subsequent purchaser must record before the earlier purchaser, but he is protected whether or not he has actual notice of the earlier conveyance», a la vez que los *pure notice statute* «provides that an unrecorded instrument is invalid as against any subsequent purchaser without notice and for value, whether or not the subsequent purchaser records prior to the first purchaser», y, finalmente, los *race-notice statute* «protects the subsequent purchaser only if he meets two requirements: (1) he records before the earlier purchaser records; and (2) he takes without actual notice of the earlier conveyance» (EMANUEL, S.L. (2012). *Property*, New York: Wolters Kluwer. 358-359). Véanse también en este respecto: MORO SERRANO, A. (1986). *Los sistemas registrales inmobiliarios en los Estados Unidos*. Madrid: Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad (Centro de Estudios Hipotecarios) y Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (Servicio de Publicaciones). 57 y siguientes; e DI COSTANZO, L. (2005). *La pubblicità immobiliare nei sistemi di common law*. Napoli: Scientifiche Italiane. 113-114.

²⁰ MORO SERRANO, A. (1986). *Los sistemas registrales inmobiliarios en los Estados Unidos*. Madrid: Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad (Centro de Estudios Hipotecarios) y Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (Servicio de Publicaciones). 53; e DI COSTANZO, L. (2005). *La pubblicità immobiliare nei sistemi di common law*. Napoli: Scientifiche Italiane. 76.

²¹ «A document which shows that it is intended to take effect as a deed and has been signed, witnessed, and delivered. This document is usually necessary to either create or transfer a legal interest in land» [THOMPSON, M.P. (2009). *Modern land law*. Oxford: Oxford University Press. XLVII].

²² MORO SERRANO, A. (1986). *Los sistemas registrales inmobiliarios en los Estados Unidos*. Madrid: Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad (Centro de Estudios Hipotecarios) y Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (Servicio de Publicaciones). 56.

²³ Ese tipo de sistema no produce efecto algún «in ordine alla validità del deed o di un qualunque altro atto giuridico trascritto» [DI COSTANZO, L. (2005). *La pubblicità immobiliare nei sistemi di common law*. Napoli: Scientifiche Italiane. 78].

²⁴ Robin Paul Malloy y James Charles Smith bien demuestran la importante existencia de *off-record risks* y *recorded interests* «that are difficult or impossible to find» [MALLOY, R.P., SMITH, J.C. (2010). *Real estate*, New York: Wolters Kluwer. 100-103].

²⁵ Alertan Simler y Delebecque que «La sécurité du commerce juridique repose sur la fiabilité des renseignements dont disposent les contractants. Cette exigence ne peut être que très imparfaitement satisfaite lorsque les informations sont livrées par le parties elles-mêmes. Elle l'est de bien meilleure façon si les renseignements utiles sont consignés sur un registre public et accessible, tenu par une autorité neutre et objective. Teele est la finalité de tout système de publicité, instrument d'information et de protection» [SIMLER, P. y DELEBECQUE, P. (2004). *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*. Paris: Dalloz. 667].

²⁶ Véase a respecto: MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. (2011). *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*. Navarra: Thomson Reuters. 73 y 104.

²⁷ Los requisitos requeridos para esta protección pueden variar de un sistema legal a otro, y pueden ser requeridos o no, por ejemplo, la onerosidad del negocio de adquisición, el desconocimiento del defecto en el derecho publicitado, etc. Además, existen diferentes grados de efectos de un registro de derechos. Como enseña Peiró, existen sistemas de registro de derechos que protegen al tercero adquirente de buena fe, como por ejemplo, España y Alemania, y existen aquellos que además de proteger al tercero adquirente de buena fe producen un efecto de validación para las propias partes —la llamada *indefeasibility* de la doctrina anglosajona—, como en el sistema australiano de *Torrens* [NOGUEROLAS PEIRÓ, N. (2007). La evolución de los sistemas registrales en Europa. *Noticias de la Unión Europea*, núm. 265, 133].

²⁸ O, aún, *positive registration* [ROWTON SIMPSON, S. (1976). *Land law and registration*. Cambridge: Cambridge University Press. Book 1. 15].

²⁹ Véase a respecto: NOGUEROLAS PEIRÓ, N. (2007). La evolución de los sistemas registrales en Europa. *Noticias de la Unión Europea*, núm. 265, 121.

³⁰ Sobre esa distinción, conforme asevera Simpson, hay un sistema registral que remedia los defectos del sistema de registro de documentos: el registro de derechos [ROWTON SIMPSON, S. (1976). *Land law and registration*. Cambridge: Cambridge University Press. Book 1. 15].

³¹ Si bien Simpson señala que, en la práctica, hay ocasiones en que los efectos son prácticamente equivalentes, a la vez que los Tribunales dan tal validez probatoria al registro de títulos, que terminan equiparando sus efectos a los de un registro de derechos [ROWTON SIMPSON, S. (1976). *Land law and registration*. Cambridge: Cambridge University Press. Book 1. 21].

³² Por esta razón Simpson entiende que entre un sistema de registro de documentos y un sistema de registro de derechos hay un *continuum* [ROWTON SIMPSON, S. (1976). *Land law and registration*. Cambridge: Cambridge University Press. Book 1. 19].

³³ Ver GÓMEZ GALLIGO, J. (2008). *La calificación registral (Tomos I, II, y III)*. Madrid: Civitas.

³⁴ Aunque estas cargas ocultas siempre surgen de la ley, aunque de manera indirecta, Simpson dice que pueden surgir inmediatamente de dos tipos de situaciones: «(1) *Rights which may be ascertained by inspection of the property or by enquiry of the occupier [...]*. (2) *Liabilities arising under statute [...]*» [ROWTON SIMPSON, S. (1976). *Land law and registration*. Cambridge: Cambridge University Press. Book 1. 18]. Ellas deben ser mantenidas en el mínimo posible [GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2009). *Registration systems in the real estate and mortgage market*. ALDE GROUP SEMINAR. (2011). *European property law rights and wrongs*. *European Land Registry Association — ELRA Annual Publication*, núm. 2, 8-32].

³⁵ Los *overriding interests* son «A right in land which binds a purchaser of registered land, despite not being protected on the register of title» [THOMPSON, M. P. (2009). *Modern land law*. Oxford: Oxford University Press. XLVIII]. Aun, conforme Simpson, «Certain rights and liabilities affecting land which it is not practicable to register but which, though not registered, must nevertheless retain their validity.» [ROWTON SIMPSON, S. (1976). *Land law and registration*. Cambridge: Cambridge University Press. Book 1. 18].

³⁶ ROWTON SIMPSON, S. (1976). *Land law and registration*. Cambridge: Cambridge University Press. Book 1. 16-19.

³⁷ ALDE GROUP SEMINAR. (2011). *European property law rights and wrongs*. *European Land Registry Association — ELRA Annual Publication*, núm. 4, 100-103.

³⁸ En cuanto al tema, cabe señalar, por ejemplo, que la ley inglesa, a través de la *Land Registration Act* de 2002, redujo la posibilidad de *overriding interests*, en comparación con la anterior ley de 1925 [THOMPSON, M. P. (2009). *Modern land law*. Oxford: Oxford University Press. 120 y siguientes; NOGUEROLES PEIRÓ, N. (2007). La evolución de los sistemas registrales en Europa. *Noticias de la Unión Europea*, núm. 265, 127].

³⁹ NOGUEROLES PEIRÓ, N. (2007). La evolución de los sistemas registrales en Europa. *Noticias de la Unión Europea*, núm. 265, 121-122.

⁴⁰ ARRUNADA, B. (2004). *La contratación de derechos de propiedad: un análisis económico*. Madrid: Fundación Beneficentia Et Peritia Iuris. 104.

⁴¹ Carga, en este caso, en su sentido más amplio, de cualquier interés contrario que pueda afectar al derecho inscrito, ya sea un derecho real de garantía, por ejemplo, una restricción judicial, o un derecho obligacional con eficacia real. El término «carga» no se utiliza aquí, en el sentido estricto, de comportamiento que una persona puede o no adoptar, según su libre elección, pero que debe adoptar si desea lograr una determinada situación jurídica ventajosa, pero cuyo comportamiento no es exigible por otros, lo que lo diferencia de la obligación, o del deber de prestar algo, vinculado a un derecho real, que limita su goce (cargas reales). Ver sobre esto: LACRUZ BERDEJO, J. L. LUNA SERRANO, A. y RIVERO HERNANDEZ, F. (1990). *Parte general del derecho civil*. Barcelona: JMB. 96. NORONHA, F. (2007). *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva. 68 y 298.

⁴² En Brasil, García ya advirtió que lo que constituía el corazón del sistema de registro alemán era la garantía del derecho inscrito frente a terceros adquirentes de buena fe, y no el vínculo del registro a un catastro, como muchos afirmaban [GARCÍA, L. (1927). *Registro de Imóveis: a inscrição: parte I: a hypotheca*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves. 120].

⁴³ Ruoff, citado por Simpson, asevera que un registro de derechos se ampara en tres principios: «(1) *The mirror principle* which involves the proposition that the register of title is a mirror which reflects accurately and completely and beyond all argument the current facts that are material to title. With certain inevitable exceptions the title is free from all adverse burdens, rights and qualifications unless they are mentioned in the register. (2) *The curtain principle* which provides that the register is the sole source of information for proposing purchasers who need not and, indeed, must not concern themselves with trusts and equities which lie behind the curtain [...]. (3) *The insurance principle* which is that, if through human frailty (in the Registry), the mirror fails to give an absolutely

correct reflection of the title and a flaw appears, anyone who thereby suffers loss must be put in the same position, so far as money can do it, as if the reflection were a true one.» [ROWTON SIMPSON, S. (1976). *Land law and registration*. Cambridge: Cambridge University Press. Book 1. 16-19].

⁴⁴ Véanse por todos: LACRUZ BERDEJO, J.L. (1959). *Derecho inmobiliario registral*. Barcelona: Bosch; WESTERMANN, H. et al. (2007). *Derechos reales*. Madrid: Fundación Cultural Del Notariado; e PEREIRA MENDES, I. (1999). *Estudos sobre registro predial*. Coimbra: Almedina. 22.

⁴⁵ Y no de la protección de la apariencia jurídica, porque el registro se convierte en una realidad jurídica [LACRUZ BERDEJO, J.L. (1959). *Derecho inmobiliario registral*. Barcelona: Bosch. 13].

⁴⁶ «The title of a registered owner thus became independent of the previous owners' titles: under the Torrens system, registration itself confers a good title. Simply getting registered as the owner cures any defects that would otherwise exist in the title. All that one has to do as a buyer of Torrens system land, therefore, is to check that the person selling the land is the person named in the public register as the owner of it, and get on the register after the sale. There is no need to check whether that seller bought it from someone else who was the 'true' owner of the land, for as long as a buyer does those things the buyer can be quite sure of obtaining a good title upon registration.» (TAYLOR, G. (2008). *The law of the land: the advent of the torrens system in Canada*. Toronto: University of Toronto Press. 9-10).

⁴⁷ Causa siempre hay. La distinción entre causalidad e abstracción implica la distinción entre la causa ser, o no, relevante para la validez y eficacia del contrato de disposición de los derechos reales. Conforme enseña Díez-Picazo, «Los contratos no se celebran sin razón alguna y sabemos ya que causa es la razón que dota de sentido a un contrato. [...] La distinción de que tratamos se funda, en rigor, en la vinculación que existe entre la existencia y licitud de la causa y la validez y eficacia del contrato. El contrato se llama causal cuando la existencia y la licitud de la causa operan como un presupuesto de la validez y de la eficacia del contrato. [...] Por el contrario, se habla de contrato abstracto para designar un negocio jurídico que aparece desligado e independizado de su «causa» [...].» [DÍEZ-PICAZO, L. (1996). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Civitas. v. I. 237]. En el decir de Couto e Silva, los actos causales «permitem a indagação da causa», ao passo que os «atos abstratos não permitem tal verificação» (DO COUTO E SILVA, C. (2007). *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV. 69).

⁴⁸ CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, F. (1971). *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi. t. XI. 312.

⁴⁹ DO COUTO E SILVA, C. (2007). *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV. 52.

⁵⁰ Salvo en los casos en que la finalidad del negocio jurídico sea realizar otro negocio jurídico, como es el caso de los precontratos. En estos casos, como el objeto es la realización de otro negocio jurídico, y no la transmisión/constitución de un derecho real, cumplido por medio de un negocio jurídico, existe la necesidad de una declaración de voluntad separada, y no existe un negocio dispositivo de cumplimiento. Ver sobre esto: DO COUTO E SILVA, C. (2007). *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV. 53.

⁵¹ Ver sobre esto: DO COUTO E SILVA, C. (2007). *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV. 52.

⁵² DO COUTO E SILVA, C. (2007). *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV. 59.

⁵³ CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, F. (1974). *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. t. III. 159.

⁵⁴ Es por ello que cualquier interesado puede presentar el título para registro, sin necesidad de comparecimiento del transmisor.

⁵⁵ Ver sobre esto: DE ALMEIDA PRADO, F.B. (1943). *Eficacia probatoria do registro*. São Paulo: Freitas Bastos. 55.

⁵⁶ En este sentido, no es correcto el entendimiento de Darci Bessone de ver en el contrato de compraventa la eficacia obligacional y real, como lo ha demostrado DO COUTO E SILVA, C. (2007). *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV. 56.

⁵⁷ Subyacente, aquí, en su sentido jurídico; aunque nacen al mismo tiempo, jurídicamente el contrato obligacional es anterior (es causa) al contrato real. No puede ser sobreyacente, ya que, en la medida en que la obligación es un proceso orientado al cumplimiento, no hay obligación sin voluntad de cumplir, como no hay cumplimiento sin obligación previa. Pontes de Miranda tiene una opinión diferente, por considerar el contrato de transmisión abstracto, e así entiende que el negocio jurídico base puede ser sobreyacente (CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, F. (1972). *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi. t. XXXVIII. 360).

⁵⁸ Art. 1.369 del Código civil brasileño: «O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis».

⁵⁹ DO COUTO E SILVA, C. (2007). *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV. 58.

⁶⁰ Técnicamente, no se puede hablar de cumplimiento del acuerdo de transmisión del derecho inmobiliario dado que genera un derecho potestativo a la transmisión del derecho real inmobiliario, y, así, no hay que se hablar de exigibilidad, sino únicamente en el ejercicio del derecho por parte del titular, y sujeción de los demás.

⁶¹ En sentido contrario, y aislado, entendiendo haber abstracción, CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, F. (1972). *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi. t. XXXVIII. 360.

⁶² Como hay en el Derecho francés, o en el italiano, v.g., en los cuáles del contrato nace ya el derecho real. El negocio de derecho obligacional produce ya eficacia real.

⁶³ Interdependencia esa inexistente, v.g., en el Derecho alemán.

⁶⁴ Asevera Couto e Silva que «na vontade de criar obrigações insere-se naturalmente a vontade de adimplir o prometido. Não fora assim, o negócio jurídico não teria as condições mínimas de seriedade que o direito exige. [...] Esta vontade de adimplir é inseparável, no plano psicológico, da vontade de criar obrigações» [DO COUTO E SILVA, C. (2007). *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV. 52].

⁶⁵ CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, F. (1971). *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi. t. XI. 312.

⁶⁶ CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, F. (1971). *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi. t. XI. 312.

⁶⁷ Véase, por ejemplo, respecto a la enfiteusis y la servidumbre: CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, F. (1971). *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi. t. XVIII. 75 y 260.

⁶⁸ Art. 1.245 del Código civil brasileño.

⁶⁹ Pues, si bien hay voluntad de obligarse a instituir este derecho y voluntad de instituirlo, declaradas conjuntamente, falta el modo publicitario de adquisición, consistente con el registro.

⁷⁰ Salvo que exista la incidencia de cualquier otro instituto jurídico que permita tal efecto, como por ejemplo, la publicidad con efecto saneador, o la protección de la apariencia generada por la publicidad. Pero esto no tiene nada que ver con la abstracción/causalidad entre el plan real y el obligacional.

⁷¹ La solución es diferente en un sistema abstracto, como el alemán, por ejemplo. En este caso, incluso si el negocio jurídico base no es válido, mientras el contrato de transmisión sea válido, el derecho real sigue siendo válido. Si el vicio jurídico afecta solo al negocio base, pero no contamina el negocio de transmisión, y si el registro es válido, el derecho real generado quedará intacto, a pesar de la invalidez del negocio jurídico

que le sirvió de causa. De hecho, solo hay un desplazamiento del problema del negocio jurídico obligacional para el negocio jurídico juri-real de transmisión.

⁷² Salvo que el derecho haya sido adquirido por un tercero de buena fe, y si el sistema de registro protege a este tercero de buena fe, mediante la protección de la apariencia, o si la publicidad tiene un efecto saneador.

⁷³ Véanse DANOS, F. (2007). *Propriété, possession et opposabilité*. Paris: Economica. 371; VOIRIN, P. GOUBEAUX, G. (2005). *Droit civil*. Paris: LGDJ, 2005. t. I. 293; e ANTONMATTEI, P. RAYNARD, J. (2002). *Droit civil: contrats spéciaux*. Paris: Litec. 80.

⁷⁴ Si bien esto es lo que dice la doctrina, es cuestionable que sea cierto, ya que la absolutividad es una de las marcas centrales de los derechos reales, y se deriva, incluso en Francia, de la publicidad (registral) y no del contrato. Antes de la publicidad, el derecho inmobiliario solo es válido ante las partes y terceros que conozcan la relación jurídica.

⁷⁵ Véase al respecto: WESTERMANN, H. *et al.* (2007). *Derechos reales*. Madrid: Fundación Cultural Del Notariado. v. I. 86.

⁷⁶ El acuerdo de transmisión «contém, simplesmente, a declaração do transmitente de querer transmitir a propriedade ao adquirente, e a declaração do adquirente de querer adquirir a propriedade. Dada a natureza abstrata da disposição, não pertence ao acordo o consenso sobre o fundamento jurídico da transmissão» [WESTERMANN, H. *et al.* (2007). *Derechos reales*. Madrid: Fundación Cultural Del Notariado. v. I. 485].

⁷⁷ Sin embargo, si el derecho no ha entrado en el tráfico jurídico, es decir, si no ha sido adquirido por un tercero de buena fe, en el Derecho alemán, la acción de enriquecimiento sin causa da derecho a recuperar el bien perdido. Ver al respecto: WESTERMANN, H. *et al.* (2007). *Derechos reales*. Madrid: Fundación Cultural Del Notariado. v. I. 90.

⁷⁸ Ver al respecto: WESTERMANN, H. *et al.* (2007). *Derechos reales*. Madrid: Fundación Cultural Del Notariado. v. I. 77 y v. II. 964; e C. WITZ, *Le droit allemand*, Paris, 2001, 93.

⁷⁹ ARRUÑADA dice que los países con un derecho civil con raíz germánica tienden a adoptar un registro de derechos, mientras que aquellos con influencia francesa tienden a adoptar un registro de documentos, independientemente de la tradición jurídica de cada país [ARRUÑADA, B. (2004). *La contratación de derechos de propiedad: un análisis económico*. Madrid: Fundación Beneficentia Et Peritia Iuris. 101-102].

⁸⁰ De acuerdo con WESTERMANN, «El principio de abstracción constituye, desde el punto de vista de la evolución histórica, uno de los medios más importantes para crear un Derecho de Cosas autónomo con negocios jurídicos y posiciones jurídico reales fiables para el tráfico jurídico. En la práctica, el interés del tráfico jurídico requiere proteger las disposiciones que tienen efectos absolutos lo más extensamente que se pueda frente a las fuentes de defectos; es decir, sobre todo, frente a los defectos frecuentemente presentes en los negocios jurídicos obligacionales» [WESTERMANN, H. *et al.* (2007). *Derechos reales*. Madrid: Fundación Cultural Del Notariado. v. I. 92]. Para Díez Picazo, «La figura de los contrato abstractos ha sido creada por la técnica jurídica alemana con el fin de facilitar el tráfico jurídico.» (L. Díez-PICAZO, *Fundamentos, cit.*, 239). La abstracción del acto de transmisión ha sido introducida, por influencia de Savigny, «pour des raisons de sécurité juridique: grâce à ce principe, en cas d'acquisition dérivée, le dernier acquéreur en date n'est pas obligé de s'enquérir de l'efficacité de l'acte créateur d'obligations qui a servi de cause à l'acquisition de son cocontractant; si cet acte est nul ou contesté, l'acte de disposition auquel ce dernier a été partie demeure efficace» [WITZ, C. (1992). *Droit prive allemand: actes juridiques, droits subjectifs: BGB, parte générale: Loi sur les conditions générales d'affaires*. Paris: Litec. 125].

⁸¹ Aún conforme Díez-PICAZO: «El negocio abstracto constituye un intento de independizar el efecto jurídico de las posibles vicisitudes, anomalías o irregularidades de que pueda adolecer el *iter* contractual causante de este efecto. [...] Se comprende, enseguida, que desde este ángulo el llamado contrato abstracto» é «el eje cardinal de toda una manera de concebir el tráfico jurídico fundando sobre una idea de seguridad»

[DÍEZ-PICAZO, L. (1996). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Civitas. v. I. 237].

⁸² En ese sentido alerta HATTENHAUER que el «florecente intercambio mercantil de la sociedad industrial había obligado a robustecer la protección legal de la confianza. La buena fe tendría capacidad anuladora de la propiedad. La adquisición de la propiedad de manos de quien careciese de justo derecho justificaba la propiedad del adquirente, lo que llevaba a admitir en el tráfico jurídico la facultad de expropiación en interés de la seguridad de ese mismo tráfico» [HATTENHAUER, H. (1987). *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel. 121].

⁸³ En este punto, SERPA LOPES enseña que la abstracción causal del contrato de transmisión no es un elemento esencial para la existencia de un sistema de derechos, demostrando que no es esto lo que permite a Alemania tener un sistema de registro de derechos, ni es la falta de eso que no permitiría a Brasil tenerlo [DE SERPA LOPES, M. M. (1947). *Tratado dos registros públicos*. Rio de Janeiro: A Noite. v. I. 61-62].

⁸⁴ Es interesante notar aquí que una de las principales críticas contra el sistema de abstracción causal, en materia inmobiliaria, es que la protección registral del tercero de buena fe es suficientemente protectora del tráfico jurídico. Véase: WESTERMANN, H. et al. (2007). *Derechos reales*. Madrid: Fundación Cultural Del Notariado. v. I. 93.

⁸⁵ Aunque algunos autores afirman que en los sistemas causales debe existir un sistema de registro de títulos y declarativo, mientras que en los sistemas abstractos debe existir un sistema de derechos y constitutivo. Ver, por todos: DI COSTANZO, L. (2005). *La pubblicità immobiliare nei sistemi di common law*. Napoli: Scintifiquhe Italiane. 7. En Brasil, Gomes cree, erróneamente en la opinión de este estudio, que no sería posible proteger el tráfico jurídico a través de un registro inmobiliario de derechos, que proteja al tercero de buena fe, porque no hay en el país el principio de la abstracción de la causa, que, según él, implicaría renunciar a cierta efectividad material al registro de la propiedad inmobiliaria, por lo que sugirió en su proyecto de Código civil un registro de títulos [GOMES, O. (1985). *Código civil: projeto Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Forense. 55]. En el mismo sentido equivocado, Soriano Neto, al entender que el derecho alemán solo podía adoptar el principio de la fe pública registral porque existía el sustento material de la abstracción causal [SORIANO NETO. (1940). *Publicidade material do registro imobiliário (efeitos da transcrição)*. Recife: [S.e.]. 57, 67, 75, 109 y 115].

⁸⁶ Asevera PEIRÓ que los «sistemas de fe pública pueden operar con distintos mecanismos de transmisión de la propiedad y el consentimiento real no es un obstáculo [...] en principio el sistema registral de fe pública no está necesariamente conectado con un único mecanismo de transmisión como tampoco lo está necesariamente con la inscripción constitutiva» [NOGUEROLES PEIRÓ, N. (2007). La evolución de los sistemas registrales en Europa. *Noticias de la Unión Europea*, núm. 265, 134].

⁸⁷ PEIRÓ demuestra que, en Europa, el sistema de registro de derechos se aplica tanto en sistemas de transmisión abstracta (Alemania e Inglaterra) como en sistemas causales (Austria, Suiza y norte de Italia), mientras que el sistema de registro de documentos se aplica únicamente en sistemas de transmisión absolutamente causales (Francia, Italia, Bélgica y Luxemburgo) [NOGUEROLES PEIRÓ, N. (2007). La evolución de los sistemas registrales en Europa. *Noticias de la Unión Europea*, núm. 265, 134]. Sin embargo, fuera de Europa, también existen sistemas de registro de documentos aplicados a sistemas de transmisión abstracta, como en los Estados Unidos de América (DI COSTANZO, L. (2005). *La pubblicità immobiliare nei sistemi di common law*. Napoli: Scintifiquhe Italiane. 58-59).

⁸⁸ Hay todavía excepciones. Véase al respecto: LACRUZ BERDEJO, J.L. (1959). *Derecho inmobiliario registral*. Barcelona: Bosch, 171.

⁸⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L. (1959). *Derecho inmobiliario registral*. Barcelona: Bosch. 169.

⁹⁰ Recuerda VALENCOSO que, «Según LANGE, el sistema óptimo sería aquel que combinase el principio de causalidad de la transmisión con un sistema de adquisición

de bienes *a non domino*, ya que así, por un lado, quedarían protegidas las partes frente a los defectos existentes en el negocio subyacente, y por otro lado, quedaría tutelada la seguridad del tráfico. Esta es la solución por la que opta el legislador español, ya que por un lado, el sistema español de transmisión de la propiedad es causalista, y por el otro, si quien ha inscrito su derecho lo adquirió de quien en el Registro aparecía como su titular, será mantenido en su adquisición aunque este último no fuera legítimo dueño o su titularidad se encontrara amenazada por cualquier causa de resolución o revocación que no constara en el Registro (art. 34 LH).» (MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. (2008). Cuestiones económicas en torno a las reglas de transmisión de la propiedad y de publicidad inmobiliaria. *InDret*, núm. 3. 16).

⁹¹ Ver: PEREIRA MENDES, I. (1999). *Estudos sobre registro predial*. Coimbra: Almedina. 27-28.

⁹² Ver: BRANDELLI, L. (2016). *Registro de Imóveis: Eficácia Material*. Rio de Janeiro: Forense.

⁹³ Para THOMPSON, «A document, almost always a deed, by which the legal title to land is transferred» (THOMPSON, M. P. (2009). *Modern land law*. Oxford: Oxford University Press. XLVII).

⁹⁴ *Estate* tiene varios significados posibles, pero lo que interesa al presente trabajo es el de «legal extent of a person's ownership rights in land» (THOMPSON, M.P. (2009). *Modern land law*. Oxford: Oxford University Press. XLVII).

⁹⁵ EMANUEL, S.L. (2012). *Property*, New York: Wolters Kluwer. 305. DI COSTANZO, L. (2005). *La pubblicità immobiliare nei sistemi di common law*. Napoli: Scintifiche Italiane. 58-59.

⁹⁶ Ese tipo de sistema no produce efecto algún «in ordine alla validità del deed o di un qualunque altro atto giuridico trascritto» (DI COSTANZO, L. (2005). *La pubblicità immobiliare nei sistemi di common law*. Napoli: Scintifiche Italiane. 78).

⁹⁷ El sistema norteamericano se divide en tres categorías: *race*, *notice* y *race-notice*. El tipo de *race* penaliza los documentos que contengan derechos inmobiliarios oponibles *erga omnes* no registrados, provocando que no haya eficacia ante terceros adquirentes de modo oneroso, siendo dichos terceros considerados de buena fe, siempre que hayan registrado su título, aunque conozcan de algún negocio jurídico contradictorio no registrado. El primer derecho registrado, si es válido, prevalecerá sobre cualquier otro derecho, no registrado o registrado posteriormente. Se adoptan en los estados de Louisiana, Carolina del Norte y Delaware. Los de tipo *notice* solo protegen a terceros que han adquirido sin conocer la existencia de alguna enajenación no registrada, sin lo que no habrá buena fe. Existe protección para el adquirente de buena fe incluso si registró posteriormente con una persona de mala fe. Finalmente, la modalidad de *race-notice*, en la que, para estar protegido, el tercero, además de ser de buena fe, debe haber inscrito el título con carácter prioritario. Si A vende una finca a B, y luego vende la misma finca a C, en un registro de tipo *notice*, C adquirirá el derecho si no ha conocido el negocio entre A y B; en un registro de tipo *race-notice*, C estará protegido si además de desconocer el negocio entre A y B registró su título antes que B; y, finalmente, en el tipo *race*, C estará protegido siempre que registre antes su negocio jurídico, aunque conozca el negocio celebrado entre A y B. Ver al respecto: MORO SERRANO, A. (1986). *Los sistemas registrales inmobiliarios en los Estados Unidos*. Madrid: Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad (Centro de Estudios Hipotecarios) y Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (Servicio de Publicaciones). 96-99 y 113-114.

⁹⁸ Se copian, en los libros de transcripción, los actos jurídicos registrados (MORO SERRANO, A. (1986). *Los sistemas registrales inmobiliarios en los Estados Unidos*. Madrid: Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad (Centro de Estudios Hipotecarios) y Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (Servicio de Publicaciones), 67.

⁹⁹ Ver: DI COSTANZO, L. (2005). *La pubblicità immobiliare nei sistemi di common law*. Napoli: Scientifiche Italiane. 134-135.

¹⁰⁰ Sobre el tema, enseña Serrano que en el sistema registral norteamericano, «lo único que se exige es que el contrato reúna los requisitos de fondo y forma necesarios para su eficacia. La inscripción no añade nada a la eficacia del acto, lo que hace simplemente es dar noticia del acto celebrado. De ahí que la inscripción de un documento nulo no produzca efecto alguno. Los asientos practicados en los libros no convalidan ni a favor del tercer adquirente a título oneroso y de buena fe los documentos falsificados ni los contratos en que haya mediado fraude ni los otorgados por personas incapaces. La inscripción no surte efectos, si el documento registrado no reúne las formalidades exigidas por la ley» [MORO SERRANO, A. (1986). *Los sistemas registrales inmobiliarios en los Estados Unidos*. Madrid: Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad (Centro de Estudios Hipotecarios) y Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (Servicio de Publicaciones), 64-65].

¹⁰¹ MORO SERRANO, A. (1986). *Los sistemas registrales inmobiliarios en los Estados Unidos*. Madrid: Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad (Centro de Estudios Hipotecarios) y Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (Servicio de Publicaciones). 65 y 132-133; y DI COSTANZO, L. (2005). *La pubblicità immobiliare nei sistemi di common law*. Napoli: Scientifiche Italiane. 110-112.

¹⁰² Puede que no sea una tarea fácil, ya que no existe una calificación jurídica previa del derecho inscrito, lo que puede dar lugar a cadenas de doble dominio, así como porque en los Estados Unidos de América, estrictamente hablando, no existen índices reales, sino solo personales. Además, no existe una especialidad objetiva adecuada de las propiedades inmuebles sobre las que recaen los derechos registrados. Ver: DI COSTANZO, L. (2005). *La pubblicità immobiliare nei sistemi di common law*. Napoli: Scientifiche Italiane. 108-110.

¹⁰³ Se entiende que, en algunos ordenamientos jurídicos, como en los Estados Unidos de América, la débil seguridad que brinda el sistema de registro de inmuebles es mitigada por la «moral adecuada» de las personas, que desincentiva los oportunismos, de forma a, al menos, minimizar los desincentivos brindados por el mal sistema de registro.

¹⁰⁴ Esa situación ha inducido Serrano a decir que el «sistema de recording, más que un sistema es la falta de sistema» [MORO SERRANO, A. (1986). *Los sistemas registrales inmobiliarios en los Estados Unidos*. Madrid: Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad (Centro de Estudios Hipotecarios) y Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (Servicio de Publicaciones), 76.

¹⁰⁵ DI COSTANZO, L. (2005). *La pubblicità immobiliare nei sistemi di common law*. Napoli: Scientifiche Italiane. 110-112; e MORO SERRANO, A. (1986). *Los sistemas registrales inmobiliarios en los Estados Unidos*. Madrid: Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad (Centro de Estudios Hipotecarios) y Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (Servicio de Publicaciones), 81.

¹⁰⁶ DI COSTANZO, L. (2005). *La pubblicità immobiliare nei sistemi di common law*. Napoli: Scientifiche Italiane. 111-112.

¹⁰⁷ Ver: WOLF, M. A. *Powell on real property*, San Francisco, 2009. MALLOY, R.P., SMITH, J.C. (2010). *Real estate*, New York: Wolters Kluwer. EMANUEL, S.L. (2012). *Property*, New York: Wolters Kluwer.

(Trabajo recibido el 3-7-2020 y aceptado para su publicación el 24-9-2020)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

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

Coordinado por Juan José Jurado Jurado

Registro de la Propiedad

por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 2-1-2020

BOE 23-9-2020

Registro de la Propiedad de Madridejos.

RECTIFICACIÓN DE SUPERFICIE: CASO DE FINCA CON SEGREGACIÓN NO INSCRITA.

El defecto relativo a la falta de aportación de «certificado municipal de correspondencia» entre la finca registral y las parcelas catastrales con las que se pretende coordinar ha de ser revocado, pues no solo no existe ningún precepto legal que lo exija, sino que la apreciación o calificación jurídica, conforme a los artículos 9 y 10 de la Ley Hipotecaria sobre la correspondencia entre una finca registral y uno o más inmuebles catastrales es precisamente competencia y responsabilidad plena del registrador de la propiedad, sin que un eventual informe o certificado externo sea ni legalmente necesario ni jurídicamente suficiente para que suplir la competencia y a la vez obligación calificadora del registrador acerca de tal extremo.

El defecto relativo a la incongruencia interna entre determinadas manifestaciones de los otorgantes, sí que ha de ser confirmado, pues, como señala la registradora, no es congruente decir simultáneamente que los otorgantes no pueden afirmar si la descripción catastral se corresponde con la realidad física de la finca, y luego hacer una petición de coordinación gráfica con el Catastro que tiene como presupuesto conceptual y primario, precisamente, el que el propietario ha de afirmar que sí que hay esa correspondencia.

Debe tenerse en cuenta el supuesto especial que para la constancia registral de la representación gráfica suponen los casos previstos en el artículo 47

del Reglamento Hipotecario. En tales casos es claro que únicamente deberá aportarse, para su constancia en el folio real, la representación gráfica correspondiente a la porción que es objeto de inscripción en cada momento (ya sea la segregada o el resto, según los casos), sin que pueda exigirse representación gráfica de otras porciones que no son objeto del título en cuestión ni causan asiento de inscripción. 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. 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 intentar hacer «desaparecer» del folio real 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.

Resolución de 3-1-2020

BOE 23-9-2020

Registro de la Propiedad de Gandía, número 4.

HIPOTECA: DEPÓSITO DE LAS CONDICIONES GENERALES EN EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES.

La Instrucción de 13 de junio de 2019 ya estableció con toda claridad que, al imponerse en el artículo 11 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, a todas las entidades la obligación concreta y terminante de depositar los formularios de los préstamos y créditos hipotecarios comprendidos en el ámbito de aplicación de la propia Ley antes de empezar su comercialización, es indudable que «el notario deberá controlar al autorizar la escritura de préstamo hipotecario, y el registrador de la propiedad al inscribirla, el mero hecho de que efectivamente la entidad financiera haya procedido previamente a practicar dicho depósito».

En cualquier caso, las entidades financieras con frecuencia suelen indicar en sus modelos o minutas los números de identificación de las cláusulas depositadas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, lo que tiene la finalidad de que dichos números aparezcan también reseñados en las escrituras de préstamo, para facilitar en su día la comprobación de ese depósito. En tales supuestos, parece claro que, en la facultad de configuración del contrato que tienen las partes, siempre dentro de los límites legales, se debe entender incluida la de la reseña de ese número identificador, con la finalidad de facilitar la comprobación de la efectividad del depósito al notario, al registrador y eventualmente al juez que debiera pronunciarse sobre los efectos del negocio documentado. En consecuencia, en los supuestos en que ese número sea indicado por la entidad financiera, el notario respetando su voluntad negocial, deberá consignarlos en

la escritura. No obstante, la carencia de ese reflejo por la entidad financiera no impide la autorización de la escritura ni su inscripción registral, puesto que siempre es posible el cotejo de la escritura con el conjunto de cláusulas depositadas por la entidad financiera, algo que, por lo demás, las modernas herramientas digitales facilitan sobremanera.

En el presente caso el notario expresa en la escritura que esta contiene condiciones generales de contratación y ha comprobado que han sido inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Por todo ello, el referido defecto expresado en la calificación impugnada no puede ser mantenido.

Resolución de 3-1-2020

BOE 23-9-2020

Registro de la Propiedad de Málaga, número 1.

HIPOTECA: DEPÓSITO DE LAS CONDICIONES GENERALES EN EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES.

La Instrucción de 13 de junio de 2019 ya estableció con toda claridad que, al imponerse en el artículo 11 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, a todas las entidades la obligación concreta y terminante de depositar los formularios de los préstamos y créditos hipotecarios comprendidos en el ámbito de aplicación de la propia Ley antes de empezar su comercialización, es indudable que «el notario deberá controlar al autorizar la escritura de préstamo hipotecario, y el registrador de la propiedad al inscribirla, el mero hecho de que efectivamente la entidad financiera haya procedido previamente a practicar dicho depósito».

En cualquier caso, las entidades financieras con frecuencia suelen indicar en sus modelos o minutas los números de identificación de las cláusulas depositadas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, lo que tiene la finalidad de que dichos números aparezcan también reseñados en las escrituras de préstamo, para facilitar en su día la comprobación de ese depósito. En tales supuestos, parece claro que, en la facultad de configuración del contrato que tienen las partes, siempre dentro de los límites legales, se debe entender incluida la de la reseña de ese número identificador, con la finalidad de facilitar la comprobación de la efectividad del depósito al notario, al registrador y eventualmente al juez que debiera pronunciarse sobre los efectos del negocio documentado. En consecuencia, en los supuestos en que ese número sea indicado por la entidad financiera, el notario respetando su voluntad negocial, deberá consignarlos en la escritura. No obstante, la carencia de ese reflejo por la entidad financiera no impide la autorización de la escritura ni su inscripción registral, puesto que siempre es posible el cotejo de la escritura con el conjunto de cláusulas depositadas por la entidad financiera, algo que, por lo demás, las modernas herramientas digitales facilitan sobremanera.

En el presente caso el notario expresa en la escritura que esta contiene condiciones generales de contratación y ha comprobado que han sido inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Por todo ello, el referido defecto expresado en la calificación impugnada no puede ser mantenido.

Resolución de 3-1-2020

BOE 23-9-2020

Registro de la Propiedad de San Cristóbal de La Laguna, número 1 y 3.

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. 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 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.

En el presente caso, y pese a la parquedad de la nota de calificación, resultan justificadas las dudas del registrador en cuanto a la existencia de conflicto entre fincas colindantes, con posible invasión de las mismas.

Resolución de 7-1-2020

BOE 23-9-2020

Registro de la Propiedad de Sagunto, número 2.

HIPOTECA: DEPÓSITO DE LAS CONDICIONES GENERALES EN EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES. HIPOTECA: NO PUEDE EL REGISTRADOR EXIGIR QUE SE HAGA CONSTAR DE FORMA EXPRESA LA COINCIDENCIA DE LA ESCRITURA CON LA FEIN.

La Instrucción de 13 de junio de 2019 ya estableció con toda claridad que, al imponerse en el artículo 11 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, a todas las entidades la obligación concreta y terminante de depositar los formularios de los préstamos y créditos hipotecarios comprendidos en el ámbito de aplicación de la propia Ley antes de empezar su comercialización, es indudable que «el notario deberá controlar al autorizar la escritura de préstamo hipotecario, y el registrador de la inscripción, el mero hecho de que efectivamente la entidad financiera haya procedido previamente a practicar dicho depósito».

En cualquier caso, las entidades financieras con frecuencia suelen indicar en sus modelos o minutas los números de identificación de las cláusulas depositadas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, lo que tiene la finalidad de que dichos números aparezcan también reseñados en las escrituras de préstamo, para facilitar en su día la comprobación de ese depósito. En tales supuestos, parece claro que, en la facultad de configuración del contrato que tienen las partes, siempre dentro de los límites legales, se debe entender incluida

la de la reseña de ese número identificador, con la finalidad de facilitar la comprobación de la efectividad del depósito al notario, al registrador y eventualmente al juez que debiera pronunciarse sobre los efectos del negocio documentado. En consecuencia, en los supuestos en que ese número sea indicado por la entidad financiera, el notario respetando su voluntad negocial, deberá consignarlos en la escritura. No obstante, la carencia de ese reflejo por la entidad financiera no impide la autorización de la escritura ni su inscripción registral, puesto que siempre es posible el cotejo de la escritura con el conjunto de cláusulas depositadas por la entidad financiera, algo que, por lo demás, las modernas herramientas digitales facilitan sobremedida.

En el presente caso el notario expresa en la escritura que esta contiene condiciones generales de contratación y ha comprobado que han sido inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Por todo ello, el referido defecto expresado en la calificación impugnada no puede ser mantenido.

Son varios datos que, de forma reiterada y cumulativa, presuponen y por tanto implican necesariamente que si el notario ha autorizado la escritura de préstamo hipotecario, ello es porque previamente ha controlado la coincidencia de las condiciones del mismo con las comunicadas por la entidad a efectos informativos mediante la Ficha Europea de Información Normalizada: a) El notario, en el acta, ha debido informar y asesorar individualizadamente sobre las cláusulas específicas recogidas en la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y en la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE), con referencia expresa a cada una —artículo 15.2.c)—. b) De acuerdo con el mismo artículo 15.2, el notario solo procederá a la autorización del acta previa a la formalización del préstamo hipotecario cuando haya verificado la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 14.1, entre los cuales se encuentra la FEIN del préstamo, junto a otros elementos imprescindibles. c) Si no se acredita que se han cumplido todas esas obligaciones a las que se refiere el artículo 14.1, no podrá autorizarse la escritura pública de préstamo, por prohibirlo expresamente el artículo 15.5. d) Al reseñar el acta en la escritura se debe hacer constar de forma expresa, como se ha indicado, «la afirmación del notario bajo su responsabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en este artículo». Esa afirmación se contrae, entre otras cosas, al hecho de que el prestatario haya recibido la FEIN, y, de nuevo, ello solo puede hacer referencia a la FEIN del préstamo que se formaliza en dicha escritura, no a otra diferente.

Sin duda, la buena técnica notarial exige que se motive expresa y adecuadamente la decisión de proceder a la autorización de la escritura de préstamo, reseñando, al menos de forma genérica pero clara, los controles sobre la transparencia material que el notario ha realizado con carácter previo a dicha autorización. Ahora bien, ello no significa que se deba exigir, como si de fórmulas rituales se tratara, la mención expresa del cumplimiento de cada uno de los detalles que en su conjunto configuran esa imprescindible transparencia, entre ellos la coincidencia de las condiciones del préstamo con las comunicadas en la FEIN.

Por otra parte, de la referida normativa resulta inequívocamente que no es el registrador sino el notario a quien corresponde comprobar el cumplimiento del principio de transparencia material mediante la verificación de la documentación acreditativa de que se han observado los requisitos previstos en el artículo 14.1, lo que hará constar en la referida acta notarial previa a la formalización de la escritura; y la función del registrador es calificar la existencia de la reseña de dicha acta (con el contenido expresamente establecido en la ley —número de

protocolo, notario autorizante y su fecha de autorización—), así como la afirmación del notario bajo su responsabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en el artículo 15 de la ley. Este control notarial del cumplimiento del principio de transparencia material no puede ser revisado por el registrador.

Resolución de 7-1-2020

BOE 23-9-2020

Registro de la Propiedad de San Sebastián de los Reyes, número 2.

HIPOTECA: CONSTANCIA DEL CORREO ELECTRÓNICO DE LOS PRESTATARIOS.

Mediante la constancia de la dirección de correo electrónico del prestatario en la escritura se pretende facilitar que el notario autorizante de la misma pueda cumplir su obligación de remitir telemáticamente al prestatario sin coste copia simple de aquella, y posibilitar que los registradores de la propiedad remitan también gratuitamente y de forma telemática al prestatario nota simple literal de la inscripción practicada y de la nota de despacho y calificación, con indicación de las cláusulas no inscritas y con la motivación de su respectiva suspensión o denegación. Por lo demás, dada la finalidad de tal requisito, debe entenderse que en caso de pluralidad de prestatarios se debe expresar una dirección de correo electrónico para cada uno de ellos, salvo que consientan en la escritura que puedan recibir tales comunicaciones en una misma dirección de correo electrónico. En el caso del presente recurso debe entenderse que este consentimiento respecto de la consignación de una sola dirección de correo electrónico para ambos prestatarios ha quedado suficientemente expresado.

Resolución de 7-1-2020

BOE 23-9-2020

Registro de la Propiedad de Vélez-Málaga, número 3.

HIPOTECA: NO PUEDE EL REGISTRADOR EXIGIR QUE SE HAGA CONSTAR DE FORMA EXPRESA LA COINCIDENCIA DE LA ESCRITURA CON LA FEIN.

Son varios datos que, de forma reiterada y cumulativa, presuponen y por tanto implican necesariamente que si el notario ha autorizado la escritura de préstamo hipotecario, ello es porque previamente ha controlado la coincidencia de las condiciones del mismo con las comunicadas por la entidad a efectos informativos mediante la Ficha Europea de Información Normalizada: a) El notario, en el acta, ha debido informar y asesorar individualizadamente sobre las cláusulas específicas recogidas en la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y en la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FIAE), con referencia expresa a cada una —artículo 15.2.c)—. b) De acuerdo con el mismo artículo 15.2, el notario solo procederá a la autorización del acta previa a la formalización del préstamo hipotecario cuando haya verificado la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 14.1, entre los cuáles se encuentra la FEIN del préstamo, junto a otros

elementos imprescindibles. c) Si no se acredita que se han cumplido todas esas obligaciones a las que se refiere el artículo 14.1, no podrá autorizarse la escritura pública de préstamo, por prohibirlo expresamente el artículo 15.5. d) Al reseñar el acta en la escritura se debe hacer constar de forma expresa, como se ha indicado, «la afirmación del notario bajo su responsabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en este artículo». Esa afirmación se contrae, entre otras cosas, al hecho de que el prestatario haya recibido la FEIN, y, de nuevo, ello solo puede hacer referencia a la FEIN del préstamo que se formaliza en dicha escritura, no a otra diferente.

Sin duda, la buena técnica notarial exige que se motive expresa y adecuadamente la decisión de proceder a la autorización de la escritura de préstamo, reseñando, al menos de forma genérica pero clara, los controles sobre la transparencia material que el notario ha realizado con carácter previo a dicha autorización. Ahora bien, ello no significa que se deba exigir, como si de fórmulas rituales se tratara, la mención expresa del cumplimiento de cada uno de los detalles que en su conjunto configuran esa imprescindible transparencia, entre ellos la coincidencia de las condiciones del préstamo con las comunicadas en la FEIN.

Por otra parte, de la referida normativa resulta inequívocamente que no es el registrador sino el notario a quien corresponde comprobar el cumplimiento del principio de transparencia material mediante la verificación de la documentación acreditativa de que se han observado los requisitos previstos en el artículo 14.1, lo que hará constar en la referida acta notarial previa a la formalización de la escritura; y la función del registrador es calificar la existencia de la reseña de dicha acta (con el contenido expresamente establecido en la ley —número de protocolo, notario autorizante y su fecha de autorización—), así como la afirmación del notario bajo su responsabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en el artículo 15 de la ley. Este control notarial del cumplimiento del principio de transparencia material no puede ser revisado por el registrador.

Resolución de 7-1-2020

BOE 23-9-2020

Registro de la Propiedad de Logroño, número 1.

CALIFICACIÓN REGISTRADOR SUSTITUTO: NECESIDAD DE APORTAR LA DOCUMENTACIÓN PREVIAMENTE CALIFICADA.

Al igual que se ha admitido que frente a la negativa a practicar un asiento de presentación cabe interponer recurso conforme a los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria, por igual razón debe aceptarse la posibilidad de recurrir por la misma vía la decisión de no admitir la calificación sustitutoria por el registrador designado al efecto.

A la vista de la claridad de los artículos 19 bis de la Ley Hipotecaria y 6.1 del RD 1039/2003, de 1 de agosto, la doctrina de este Centro Directivo ha concluido que constituye un requisito indispensable para emitir la calificación sustitutoria solicitada, que el registrador sustituto reciba la documentación previamente calificada por el registrador sustituido. Por tanto, está correctamente fundada la exigencia de la registradora de que se le aporten en el plazo de los quince días

previstos legalmente el original o testimonio de la documentación objeto de la calificación inicial.

La primera de las alegaciones que realiza el notario recurrente apela al principio de colaboración entre administraciones, que implica que no se deben imponer al particular obligaciones de traslado de documentación que ya está presentada en sede registral, dado que se halla en el Registro que emitió la calificación inicial. La imposibilidad de aplicar supletoriamente y de una forma mecánica la legislación administrativa al procedimiento registral impide asumir la alegación planteada por el notario, que, además, contraviene la letra de los artículos que regulan expresamente el procedimiento de calificación sustitutoria y que se han transcrito en anteriores apartados.

No puede entenderse como un trámite preceptivo que, a falta de aportación de dicha documentación, el registrador al que corresponde por cuadro la calificación sustitutoria tenga que requerir al interesado que ha solicitado del Colegio de Registradores la información sobre el registrador sustituto competente para que la aporte. Esta exigencia sería tan incongruente con los principios de rogación y de voluntariedad de la inscripción como la de entender que basta para practicar el asiento de presentación la solicitud de inscripción sin aportar el título inscribible, estableciendo la obligación del registrador de requerir al solicitante para que lo presente.

Resolución de 7-1-2020

BOE 23-9-2020

Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 8.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: DIFERENCIAS ENTRE DOS COPIAS DE LA MISMA ESCRITURA.

Lo que permite el artículo 153 del Reglamento Notarial es la subsanación de errores materiales, omisiones y defectos de forma padecidos en los instrumentos públicos, pudiendo afectar, incluso, a elementos relevantes del negocio de que se trate, pero solo cuando pueda comprobarse, con claridad, que se trata de mero error material, por resultar así atendiendo al contexto del documento y a los inmediatamente anteriores y siguientes, a las escrituras y otros documentos públicos que se tuvieron en cuenta para la autorización y a los que prueben fehacientemente hechos o actos consignados en el documento subsanado. En tales supuestos la legislación notarial no exige un nuevo consentimiento de los otorgantes. Esta posibilidad debe ser interpretada con carácter restrictivo. El citado precepto en modo alguno habilita para modificar, suplir, presuponer o eliminar declaraciones de voluntad que están exclusivamente reservadas a las partes y que, al implicar verdadera prestación de consentimiento de naturaleza negocial, solo de ellas o de sus representantes pueden proceder.

Por lo tanto, existiendo dos copias autorizadas que expresan ser exactas y totales de una misma matriz, pero con contenido relevante que difiere en parte, y precisamente en la parte objeto de una calificación negativa de fondo, está plenamente justificado que el registrador solicite que se aclare debidamente cuál es la causa de la discrepancia entre las dos copias, por lo que el recurso, en principio, y a salvo lo que ahora se dice, debería ser desestimado.

Pero la particularidad esencial del caso planteado en este recurso estriba en que las dos copias autorizadas con contenido parcialmente diferente

no constan simultáneamente presentadas al Registro de la Propiedad bajo un mismo asiento de presentación, sino presentadas bajo distintos asientos, el primero de los cuales ya caducó hace tiempo. Debemos partir de que la copia inicial no es un documento extrarregistral que el registrador se haya procurado por sí mismo proveniente de fuentes extrarregistrales, sino que es una copia electrónica que fue anteriormente presentada telemáticamente en ese mismo Registro. En consecuencia, al acceso por el registrador a dicha copia anterior, o a dicha calificación anterior, en modo alguno puede tildarse de ilegal, como dice el recurrente.

Resolución de 12-2-2020

BOE 23-9-2020

Registro de la Propiedad de Mijas, número 1.

DISOLUCIÓN DE COMUNIDAD: POSICIÓN DEL USUFRUCTUARIO.

Es doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado 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.

El Tribunal Supremo ha abordado en numerosas ocasiones (*vid.* «Vistos») la cuestión de la posibilidad de la disolución parcial de comunidad, supuestos en los que intervenía un usufructuario, y aunque ha considerado que por él no cabe solicitar judicialmente la división de la cosa común de manera que se creen nuevas situaciones de comunidad, deja siempre a salvo la posibilidad de que se acuerde la disolución por todos los interesados, sin que haya cuestionado para la disolución la distinta naturaleza de los derechos de nudo propietarios y usufructuarios. La Dirección General de los Registros y del Notariado también ha resuelto sobre la extinción —parcial— de la comunidad en numerosas ocasiones (*vid.* «Vistos»), pero no ha cuestionado nunca la intervención del usufructuario en cuanto a la naturaleza de su derecho. La Resolución de 9 de diciembre de 2011 resuelve un caso en que dos condueñas de una finca, en pleno dominio y por mitades indivisas, acuerdan disolver la comunidad mediante la adjudicación a una de ellas de una mitad indivisa en pleno dominio y la nuda propiedad de la restante mitad indivisa y a la otra se le adjudica el usufructo de esta última mitad indivisa, compensando la primera a la segunda en metálico por el exceso de adjudicación producido. Así, el Centro Directivo afirma que «la escritura será inscribible si reúne válido y completo consentimiento, objeto cierto del contrato y causa de la obligación que se establezca; y estos son denominación del título que se documenta, porque podría tratarse de un contrato atípico —que no lo es—».

Por último, alega la registradora la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2008. Versa esta sobre un supuesto de acción de división de cosa común en la que estaba interesada una usufructuaria. Declaró el alto tribunal que la división de la cosa común afecta a los comuneros, no a los terceros y consideró que, en ese punto procesal, la titular de un derecho de usufructo no forma parte de la comunidad y es ajena a la división de manera que en la «*actio communi dividundo*» carece de legitimación pasiva. Pero esto no impide que, a iniciativa de las comuneras o de una de ellas, se realice una disolución de la comunidad y que esta resulte compensada por su derecho.

Resolución de 15-6-2020

BOE 3-8-2020

Registro de la Propiedad de Madrid, número 2.

SOCIEDAD DE GANANCIALES: NECESARIA INTERVENCIÓN DE LOS LEGITIMARIOS DEL CÓNYUGE FALLECIDO EN SU LIQUIDACIÓN.

Del mismo modo que no puede el registrador sustituto añadir nuevos defectos a los inicialmente apreciados por el sustituido, sino que su calificación debe ceñirse a los defectos planteados y a la documentación aportada inicialmente, tampoco su eventual calificación negativa puede ser objeto de recurso, sino que en tal caso devolverá el título al interesado a los efectos de interposición del recurso frente a la calificación del registrador sustituido ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, el cual deberá ceñirse a los defectos señalados por el registrador sustituido con los que el registrador sustituto hubiere manifestado su conformidad. Tampoco cabría reprochar a la registradora sustituta la ausencia de motivación en relación a un defecto revocado ya que, al tratarse de una nueva calificación, y no de un recurso contra la calificación del registrador sustituido, no será precisa motivación alguna justificativa de su decisión de practicar la inscripción.

Respecto de la cuestión de fondo planteada, debe tenerse en cuenta que la liquidación de la sociedad de gananciales corresponde a los dos cónyuges —en vida de ambos— y, tras el fallecimiento de uno de ellos, los llamados a su sucesión. Y también están interesados los legitimarios, aunque no hubieran sido instituidos herederos y hubieran sido llamados en otro concepto, incluso el de legatario. Y esto es así porque el *quantum* de su porción en la herencia depende, además de los bienes privativos del causante, de la parte que en la liquidación de la sociedad conyugal se adjudique al caudal hereditario.

Centrados en el objeto de este expediente, se menciona literalmente en el testamento que se ordena el legado en cuanto a «lo que por legítima estricta le corresponde...», y no hay avalúo de los bienes. En definitiva, se dispone un legado de cuota legitimaria. La determinación del alcance de esta cuota, exige un avalúo de todo el caudal, sin que exista partición del testador. En el supuesto de este expediente, además, confluyen dos circunstancias: en primer lugar, que hay designados albaceas contadores partidores con amplias facultades, que junto con el cónyuge viudo podrían liquidar la sociedad de gananciales y, sin embargo, no han intervenido en la escritura ni en el cuaderno de liquidación de la sociedad de gananciales; en segundo lugar, que el notario autorizante, de acuerdo con todo lo expuesto anteriormente, ha advertido expresamente a los intervinientes de la necesidad de ratificación de la escritura por parte del hijo legitimario y este no lo hizo.

Resolución de 15-6-2020

BOE 3-8-2020

Registro de la Propiedad de Madrid, número 20.

SOCIEDAD DE GANANCIALES: DISOLUCIÓN DE CONDOMINIO EN EL QUE UNA CUOTA ES GANANCIAL.

En realidad, lo que sucede es que la división de la cosa común presenta una naturaleza jurídica compleja, difícil de reducir a la dicotomía entre lo traslativo

y lo declarativo. Pero en todo caso, se trate o no la disolución de comunidad de un acto traslativo, se produce como consecuencia de la misma una mutación jurídico real de carácter esencial, pues extingue la comunidad existente y modifica el derecho del comunero y su posición de poder respecto del bien (véase Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2011, según la cual debe ser calificado de verdadera atribución patrimonial), lo que explica, por ejemplo, que haya sido considerada por este Centro Directivo como título inmatriculador, pues se causa en el Registro un asiento de inscripción sobre la totalidad del pleno dominio de la cosa adjudicada.

Como tiene declarado este Centro Directivo (Resolución de 11 de noviembre de 2011), la extinción o disolución de la comunidad ordinaria en nuestro Derecho puede tener lugar, bien por la división de la cosa común, bien por la reunión de todas las cuotas en una sola persona (comunero o no), en virtud de los correspondientes desplazamientos patrimoniales por cualquier título de adquisición, incluyendo la renuncia de un comunero, y también por su adjudicación a uno que compensa el derecho de los demás.

Por otra parte, la sociedad legal de gananciales constituye un régimen económico-matrimonial de tipo comunitario, que se articula en torno al postulado según el cual se hacen comunes las ganancias obtenidas y que atribuye carácter consorcial o ganancial a los bienes adquiridos a título oneroso con cargo al acervo común, constante su vigencia. Esta última idea expresa lo que se conoce como el llamado principio de subrogación real. En el supuesto al cual se refiere este recurso resulta que, previamente a la disolución de condominio, respecto de una tercera parte indivisa privativa y mediante escritura otorgada por ambos cónyuges, se formalizó su aportación a la sociedad de gananciales. Este carácter sobre una cuota —cualquiera que sea su entidad— determina que sea imprescindible el concurso del consentimiento de ambos cónyuges o en su defecto resolución judicial a fin de proceder a la liquidación del condominio pues de otra forma quedaría sin cumplir la exigencia del tracto sucesivo, en sus aspectos formal y material.

Lo esencial es que ambos cónyuges, respecto de esa tercera parte cuya calificación jurídica ha pasado de privativa a ganancial por causa de la previa aportación, han devenido titulares registrales. Por ello, un negocio jurídico como el realizado, que se deriva o trae causa de esa titularidad registral ganancial reflejada tabularmente en favor de los dos esposos, ha de ser realizado conjuntamente por ambos cónyuges, o por uno cualquiera de ellos con el consentimiento del otro o con la autorización judicial supletoria; lógica consecuencia, por tanto, de la legitimación que se deriva de los asientos registrales y del principio registral de tracto sucesivo.

Resolución de 15-6-2020

BOE 3-8-2020

Registro de la Propiedad de Valencia, número 9.

SUSTITUCIÓN VULGAR: ESTABLECIDA SOLO PARA EL CASO DE PREMORIENCIA.

La vocación como llamamiento de los herederos constituye por tanto, en primer lugar, la base de la delación como ofrecimiento al heredero efectivo, de entre los llamados, para que acepte o repudie la herencia; y, si los herederos son

varios, se ultima la adjudicación de los bienes relictos en la fase de partición, de la que la vocación es también su presupuesto esencial. En todos los supuestos de vocación subsidiaria o sucesiva que dependen de la existencia o no de hijos o descendientes, resulta fundamental acreditar la ineficacia del llamamiento anterior porque esa ineficacia es la que determina correlativamente la eficacia de la correspondiente vocación subsidiaria o sucesiva.

En el testamento que sirve de título a la adjudicación hereditaria objeto de la escritura calificada se ordena la sustitución vulgar del instituido solo para el caso de premoriencia, por lo que no cabe aplicar el párrafo segundo del artículo 774 del Código civil sobre la sustitución simple y sin expresión de casos. Ocurre que la vocación subsidiaria ordenada por la testadora tiene efectividad respecto de los descendientes de primer grado del instituido por haber premuerto esta a dicha causante y lo que se debate en este expediente es si, al haber renunciado los descendientes de primer grado del instituido, dicha renuncia impide o no que sean llamados como sustitutos los descendientes de los renunciantes. Y ha de concluirse que dicha renuncia de los sustitutos debe tener en el presente caso la misma consecuencia que habría tenido la renuncia del instituido, es decir la entrada en juego de la vocación subsidiaria en el acrecimiento, pues la vocación y la correlativa sucesión que, por premoriencia, no tuvo efectividad en el instituido alcanza a los sustitutos descendientes de primer grado en las mismas condiciones ordenadas por la testadora respecto del instituido, de modo que queda ineficaz el llamamiento subsidiario a los descendientes de ulterior grado del mismo si lo que ocurre no es la premoriencia de esos sustitutos de primer grado sino la renuncia de estos a la herencia.

Resolución de 15-6-2020

BOE 3-8-2020

Registro de Arganda del Rey, número 1.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Procede reiterar, una vez más, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado relativa a la inscripción de representaciones gráficas. El artículo 9 de la Ley Hipotecaria, contempla en su apartado b) la posibilidad de incorporar a la inscripción, como operación específica, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices. Según dicho artículo 9.b), para efectuar esta incorporación potestativa han de aplicarse con carácter general los requisitos establecidos en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria.

En todo caso, será objeto de calificación por el registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca. Por tanto, las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 199 y 201 de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 22 de abril, 8 de junio y 10 de octubre de 2016, entre otras).

En el caso de este expediente, la registradora deniega la inscripción de la representación gráfica alternativa, una vez tramitado el expediente previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, sin que se hayan formulado alegaciones por ningún colindante, por el motivo de existir una diferencia de superficie desproporcionada, que pudiera encubrir operaciones de modificación de entidades hipotecarias, resultando que la representación gráfica alternativa aportada invade una parcela catastral colindante (circunstancia común al tratarse de representación alternativa a la catastral), pero no expresa además de tal diferencia superficial ningún motivo (como alteraciones de linderos, procedencia de la finca, previos excesos de cabida, modificaciones en antecedentes catastrales, etc.) que justifique las dudas de identidad o la falta de correspondencia ni la posible existencia de operaciones de modificación de entidades hipotecarias o negocios traslativos no formalizados debidamente y que no han tenido un adecuado acceso al Registro.

Resolución de 15-6-2020
BOE 3-8-2020
Registro de la Propiedad de Manilva.

ANOTACIÓN DE EMBARGO PRORROGADA ANTES DE LA LEC: POSIBLE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 210 DE LA LEY HIPOTECARIA.

Con la interpretación sentada por la Instrucción de este Centro Directivo de 12 de diciembre de 2000 reiterada en numerosas ocasiones (cfr. Resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente) quedó claro que, para las anotaciones preventivas prorrogadas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2000, no era necesario ordenar nuevas prórrogas, según el párrafo segundo del artículo 199 del Reglamento Hipotecario, por lo que no cabe su cancelación por caducidad. En definitiva, con la interpretación sentada por la Instrucción de 12 de diciembre de 2000, aclarada por la Resolución de 30 de noviembre de 2005, quedó claro que, para las anotaciones preventivas prorrogadas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2000, no era necesario ordenar nuevas prórrogas y que no cabe su cancelación por caducidad.

Finalmente cabe señalar que en última instancia será aplicable el artículo 210 de la Ley Hipotecaria cuando dice: «Las inscripciones de hipotecas, condiciones resolutorias y cualesquiera otras formas de garantía con efectos reales, cuando no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago íntegro de la obligación garantizada, podrán igualmente cancelarse a instancia de cualquier interesado cuando hayan transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación garantizada o, en su defecto, cuarenta años desde el último asiento relativo a la titularidad de la propia garantía». Al tratarse el embargo de una traba de bienes para garantizar el pago de una obligación y tener eficacia real a través de la anotación de embargo, le podría ser de aplicación este precepto. Es por ello que, en el presente caso, habiendo transcurrido el plazo previsto en el citado precepto contado desde el último asiento practicado en relación con el procedimiento en el que se reclama la deuda (en este caso, la nota marginal de expedición de certificación de cargas), debe accederse a la solicitud formulada por el interesado.

Resolución de 15-6-2020

BOE 3-8-2020

Registro de la Propiedad de San Vicente de la Barquera-Potes.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE LA AFECTACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

El artículo 205 dispone que «si el Registrador tuviera dudas fundadas sobre la coincidencia total o parcial de la finca cuya inmatriculación se pretende con otra u otras de dominio público que no estén inmatriculadas pero que aparezcan recogidas en la información territorial asociada facilitada por las Administraciones públicas, notificará tal circunstancia a la entidad u órgano competente, acompañando la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca que se pretende inmatricular con el fin de que, por dicha entidad, se remita el informe correspondiente, dentro del plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación. Si la Administración manifestase su oposición a la inmatriculación o, no remitiendo su informe dentro de plazo, el Registrador conservase dudas sobre la existencia de una posible invasión del dominio público, denegará la inmatriculación pretendida». En el caso de este expediente no se ha procedido en la forma prevista en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria transcrito.

Además, en el presente caso las dudas no resultan de la comparación con una representación gráfica de dominio público que figure con esta consideración en la aplicación homologada, sino de la mera apariencia de dominio público que se infiere de una ortofotografía aérea (suministrada por el PNOA), siendo por ello una apreciación meramente indiciaria que no puede dar lugar a la suspensión de la inscripción sin haber solicitado previamente los informes pertinentes a la Administración supuestamente perjudicada.

Resolución de 15-6-2020

BOE 3-8-2020

Registro de la Propiedad de Madrid, número 2.

FUNDACIONES: ENAJENACIÓN DE BIENES REALIZADA POR UNA FUNDACIÓN SUJETA A LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA DE MADRID.

Como cuestión previa debe aclararse que la calificación del registrador es independiente de la formulada por otros registradores (cfr. art. 18 LH), por lo que no debe influir —pese a lo que señala el recurrente— en la toma de decisión que las otras trece escrituras de compraventa hayan sido inscritas y solo esta, la presentada en el Registro de la Propiedad de Madrid número 2, haya sido rechazada. Tampoco es argumento absoluto a favor del recurso que haya habido un control de legalidad por parte del Protectorado de los actos realizados por el Patronato, pues a pesar de la presunción de legalidad de la Administración, la calificación registral también se extiende a los documentos administrativos (art. 99 RH).

En primer lugar, ningún sentido tiene exigir la modificación estatutaria previa de la Fundación para permitir la inscripción de la compraventa acordada por el Patronato en el Registro de la Propiedad. El acuerdo de enajenación fue adoptado por unanimidad de los asistentes, los cinco patronos inscritos en el Registro de Fundaciones. Y aunque estatutariamente esté previsto que sean ocho los integrantes del Patronato, al haberse logrado *quorum* de constitución, la

adopción del acuerdo por unanimidad de los asistentes es plenamente válido. El Patronato es el órgano de gobierno y representación de la Fundación que adopta sus acuerdos por mayoría en los términos establecidos en los Estatutos. Salvo disposición contraria en los estatutos, el quorum —ante la falta de determinación legal—, será la mayoría de los integrantes del Patronato con cargo aceptado; y la adopción de acuerdos deberá hacerse por mayoría simple de los patronos con cargo aceptado que hayan asistido a la reunión. Debe tomarse en consideración que está anexado a la escritura pública de 9 de enero de 2020 (núm. de protocolo 58), aportada como documentación complementaria para la calificación, la Resolución de 2 de enero de 2020 de la Secretaría General Técnica, de la Subdirección General de Régimen Jurídico de la Consejería de Educación y Juventud, donde está integrado el Protectorado, al que corresponde velar por la legalidad del procedimiento, en la que dando respuesta precisamente a una consulta de la Fundación sobre el particular, se indica que «cabe concluir que no se puede computar a aquellos patronos que no hayan aceptado su cargo ateniéndose a los dispuesto en la normativa fundacional».

Lo mismo debe entenderse respecto de las delegaciones y sustituciones de voto respecto de las que se aprecia contradicción o falta de claridad en la nota de calificación. No puede la registradora sin argumentos claros poner en entredicho la validez y suficiencia de las representaciones certificadas por el secretario del Patronato y que han sido admitidas como válidas en el Registro de fundaciones.

Igualmente, puede considerarse válido el acuerdo de venta aunque en el orden del día no figurara expresamente la aprobación concreta de la enajenación de los catorce inmuebles, pues se hizo figurar que se debatiría «el Proyecto de Transformación de Activos Inmobiliarios», por lo que con ello los patronos conocían suficientemente que se abordarían propuestas concretas para la efectiva transformación de los mencionados inmuebles en edificios de oficinas, mediante la venta de los actuales y la compra posterior de otros inmuebles destinados a oficinas. El acuerdo por el que se autorizaba la venta de los catorce inmuebles tomado en la reunión del 24 de mayo de 2019 resulta plenamente válido. Desde este punto de vista se ha impuesto en casos concretos relativos a sociedades —que podrían ser extrapolables a los órganos colegiados de los Patronatos de las fundaciones— la consideración de que es preciso mantener los actos jurídicos que no sean patentemente nulos a fin de proteger la necesidad de que el tráfico jurídico fluya sin presiones formales injustificadas y la idea de que debe evitarse la reiteración de trámites que, sin aportar mayores garantías, dificultan y gravan el normal funcionamiento de las empresas.

Por otro lado, el que el voto afirmativo de algunos patronos se emitiera condicionándolo a reinversión del precio de la compra en otros inmuebles, no es sino prueba de que la operación para las que se les convocó era una operación global de reestructuración inmobiliaria, esto es, primero de venta y luego de compra de activos inmobiliarios más adecuados para la finalidad de la fundación. Ahora bien, eso no significa que sea defecto la falta de manifestación en la escritura de venta respecto de la condición de invertir el precio en la compra de otros inmuebles, pues esta condición manifestada en el voto de algún patrono, no significa lógicamente que sea condición del negocio jurídico adoptado, mientras expresamente no lo hubiera acordado así el Patronato y el comprador en las escrituras de compraventa.

No cabe confundir el régimen aplicable a las fundaciones de competencia estatal, que requieren autorización previa del Protectorado para «la enajenación, onerosa o gratuita, así como el gravamen de los bienes y derechos que formen

parte de la dotación, o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales» (véase el art. 21 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones de competencia estatal) con el régimen previsto para las fundaciones de ámbito limitado al territorio de la Comunidad de Madrid, donde el sistema es de mera comunicación al Protectorado a los efectos de que ejerza su supervisión y control.

Resolución de 16-6-2020

BOE 3-8-2020

Registro de la Propiedad de Fuenlabrada, número 1.

HIPOTECA: PACTO PARA UTILIZAR PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DIRECTA EN CASOS DE INCUMPLIMIENTO PARCIAL DEL DEUDOR.

En la nota de calificación registral se indica que en el caso de la escritura presentada se acuerda la ejecución, además de en caso de vencimiento anticipado total, para el supuesto de vencimiento parcial, con referencia en la estipulación final de solicitud de inscripción al citado artículo 693-1 LEC, sin que conste en la escritura de modo alguno el concreto pacto que determine la ejecución parcial para el caso de impago de al menos tres plazos mensuales o número de cuotas equivalente a tres meses.

Es indudable que al consumidor lo que verdaderamente le interesa, si se pacta en favor del acreedor hipotecario la utilización de un procedimiento ágil de ejecución en caso de impago de la deuda, es recibir una información clara y comprensible acerca de cuántos incumplimientos son necesarios para que la ejecución parcial o, en su caso, el vencimiento anticipado pueda tener lugar, así como los medios de que dispone para poder revertir dicha ejecución.

Esta norma, que es de aplicación general, cualquiera que sea la condición del prestatario o del prestamista, no es imperativa ya que admite pacto contrario (si bien debe entenderse que establece un límite mínimo —de tres plazos mensuales— por debajo del cual no es posible esa ejecución parcial, pues no otra cosa puede significar la expresión «al menos»), a diferencia de lo que ocurre respecto del vencimiento anticipado (art. 129 bis LH), el interés moratorio (art. 114.3 LH) u otros pactos en materia de préstamos con consumidores. En consecuencia, si las partes pueden establecer y endurecer las condiciones que han de concurrir para que el acreedor tenga derecho a la referida ejecución parcial por el procedimiento directo hipotecario, cobra todo su sentido el que en la escritura de préstamo hipotecario figuren esas concretas condiciones que posibilitan su utilización, sean estas las legales mínimas u otras distintas pactadas al efecto.

En cuanto al asunto de la inscripción parcial del préstamo hipotecario, en el derecho registral español la regla general sobre posibilidad de inscripción parcial de los documentos presentados en el Registro de la Propiedad, es que si el pacto o estipulación rechazados por el registrador afectan a la esencialidad del contrato o negocio cuya inscripción se pretende, la inscripción parcial solo será posible, sin dicho pacto, si media solicitud expresa e indubitada del interesado o interesados (arts. 19 bis y 322 LH) (Resoluciones de 18 de julio y de 19 y 20 de octubre de 2016, 20 de octubre de 2017, de 21 de junio, de 31 de octubre y 2 de noviembre de 2018 y 21 de junio de 2019), no pudiendo el registrador actuar de oficio en aras a practicar esa inscripción parcial. En el ámbito de las escrituras de préstamo hipotecario y, en concreto, tratándose de las cláusulas relativas al

procedimiento de ejecución hipotecaria judicial o a la venta extrajudicial, esta Dirección General ha considerado reiteradamente que tales cláusulas constituyen un elemento delimitador esencial del derecho real de hipoteca.

Respecto del vencimiento parcial como causa determinante de la ejecución hipotecaria, si bien en la estipulación Novena existe una referencia genérica a que vencido parcialmente el préstamo, Kutxabank podrá utilizar cualesquiera de los procedimientos judiciales que permitan la ejecución, y la estipulación Décima reproduce esta previsión respecto de la venta extrajudicial; falta una estipulación expresa que recoja, en la forma anteriormente señalada, los términos en que el impago de cuotas pueden generar una ejecución parcial. Siendo así las cosas, es opinión de este Centro Directivo que lo más correcto es entender que esas referencias contenidas al vencimiento parcial en las estipulaciones Novena y Décima, así como la referencia en la estipulación final de la solicitud «de cara al ejercicio de las acciones hipotecarias del artículo 693-1 y 2 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero, la inscripción de la cláusula sexta bis, resolución anticipada, en su totalidad» no deben acceder al Registro, pues son fruto de una redacción incongruente y ambigua.

En consecuencia, aunque se califique negativamente alguna estipulación o pacto de la escritura presentada, debe procederse a la inscripción, al menos parcial, de la hipoteca que se constituye en ese título, con la posibilidad de ejecución hipotecaria especial referida exclusivamente al supuesto vencimiento anticipado, que es el único recogido en la estipulación Sexta-bis, cuya constancia registral se solicita como condicionante de la inscripción. En dicha inscripción del derecho real de hipoteca, de conformidad con todo lo expuesto, deberá eliminarse toda referencia a la utilización de los procedimientos especiales de ejecución hipotecaria para promover una ejecución parcial circunscrita a las cuotas impagadas en sus vencimientos naturales.

Resolución de 16-6-2020

BOE 3-8-2020

Registro de la Propiedad de Madrid, número 37.

PROPIEDAD HORIZONTAL: VIVIENDAS TURÍSTICAS.

La necesidad de unanimidad para los acuerdos que impliquen modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal 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.

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, así

como para el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20%, si bien en cualquier caso estos acuerdos no tendrán efectos retroactivos, según dispone el mismo apartado 12.

Este Centro Directivo ha puesto de relieve (Resolución de 19 de diciembre de 2019) que, en cuanto a la adopción de acuerdos relativos al alquiler turístico o vacacional, el texto literal del artículo 17.12 de la Ley de propiedad horizontal restringe su ámbito de aplicación al acuerdo por el que se «limite o condicione» el ejercicio de dicha actividad. En el supuesto de este expediente, no se amplía esa actividad sino que por el contrario, se prohíbe. Por tanto, en este supuesto, en el que la finalidad no es contraria a esa actividad, y se prohíbe o no se permite de manera expresa la misma, debe aceptarse la validez del acuerdo.

Por lo demás, en cuanto a las otras limitaciones que excedan del concreto ámbito del apartado 12, del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal introducido por el Real Decreto Ley 7/2019 (por tratarse de hospedería y alquiler vacacional), este Centro Directivo, en Resolución de 19 de diciembre de 2019 afirmó en un supuesto semejante que la modificación estatutaria es un acto de la junta como órgano colectivo de la comunidad, pero este apartado 12 del artículo 17 no puede servir de fundamento para reducir la mayoría necesaria en este caso al voto favorable de tres quintas partes de propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, sino que habrá que acudir a la regla general del apartado 6 del mismo artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, que exige la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación.

Resolución de 16-6-2020

BOE 3-8-2020

Registro de la Propiedad de Albacete, número 1.

VIVIENDA HABITUAL DE LA FAMILIA: ARTÍCULO 91 RH.

Es principio rector del matrimonio aquel según el cual los cónyuges deben fijar de común acuerdo el domicilio conyugal (art. 70 del Código civil). Una vez fijada y establecida, la ley protege especialmente la vivienda familiar habitual, tratése de vivienda simplemente conyugal, tratése de vivienda en la que, además de los cónyuges vivan los hijos comunes o los que cada cónyuge hubiera habido antes del matrimonio. Entre las técnicas de tutela de la vivienda familiar figura la que establece el artículo 1320 del Código civil. 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.

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. Por ello el artículo 91 del Reglamento Hipotecario, habida

cuenta de la dificultad calificadora respecto de esa circunstancia de hecho —ser o no vivienda habitual familiar— en virtud de la limitación de los medios que en tal cometido puede utilizar el registrador (art. 18 LH), exige la manifestación negativa para acceder a la inscripción, sin perjuicio —como antes se ha expresado— de que pueda justificarse fehacientemente de otro modo que la vivienda transmitida no es la habitual de la familia. Con esta manifestación se obtiene garantía suficiente, a los solos efectos de practicar la inscripción, de la no concurrencia de aquella circunstancia y de la consiguiente validez del acto dispositivo unilateral.

En atención a lo expuesto anteriormente y en línea con lo que se infiere también de la sentencia citada por el recurrente del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2016 (que pone el énfasis en la idea de domicilio conyugal), la afirmación de que la vivienda objeto del acto dispositivo no es la conyugal ni familiar cumple adecuadamente con las exigencias legales y reglamentarias referidas.

Resolución de 16-6-2020

BOE 3-8-2020

Registro de la Propiedad de Villagarcía de Arousa.

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 el mismo recurso que puede interponerse contra una calificación que deniegue o suspenda la inscripción del documento y, por tanto, debe tramitarse tal recurso a través del procedimiento previsto en los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria.

Por lo que se refiere a la calificación objeto de este recurso, el artículo 420.1 del Reglamento Hipotecario, en consonancia con el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, ordena a los registradores no extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral. Solo en aquellos casos en los que el propio presentante manifieste que su objetivo no es la práctica de un asiento en los libros del Registro, o en los que de una forma evidente resulte que el título nunca podría provocar dicho asiento, cabría denegar la presentación. Es indudable que en el presente expediente nos encontramos, con claridad meridiana, ante una instancia privada que no puede provocar asiento registral alguno, por lo que debe confirmarse la decisión de la registradora.

Resolución de 16-6-2020

BOE 3-8-2020

Registro de la Propiedad de Escalona.

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: CERTIFICADO DEL TÉCNICO QUE ACREDITA LA ANTIGÜEDAD.

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, genere una inseguridad jurídica en el rogante de su función incompatible con la

finalidad y eficacia del Registro de la Propiedad. Pero, por otra parte, 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.

Respecto al fondo del asunto del recurso, debe recordarse que 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; y el artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo.

Es cierto que el visado colegial cumple, entre otras funciones, la de acreditar la cualificación y habilitación profesional del técnico certificante a la fecha de la emisión del certificado, pero también lo es que, al margen de su eficacia en el ámbito de las competencias corporativas propias del colegio respectivo (cfr. art. 2 del Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio, 30 del Real Decreto 129/2018, de 16 de marzo, por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Colegios de Arquitectos y de su Consejo Superior; y la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2001), dicho requisito no viene exigido para la inscripción de la obra nueva por el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, respecto de ese cualquier otro técnico que no sea de los comprendidos en los números 1, 2 y 4 del artículo 50, siempre que, como acontece en el supuesto analizado en el presente recurso, se acredite mediante certificación de su colegio profesional respectivo que tiene facultades suficientes para expedir el certificado sobre la fecha de finalización de la construcción u obra de que se trate y la descripción de esta.

Lo que las normas complementarias al Reglamento Hipotecario exigen en materia de obra nueva es que se acredite la realidad de la obra, que el proyecto se ajuste a licencia o en su defecto que hayan prescrito las medidas de restablecimiento de legalidad urbanística, y que no haya duda sobre la identidad de la finca según lo expresado en el título y en el documento justificativo de aquellos extremos, circunstancias que han de reputarse suficientemente acreditadas, a pesar de las discrepancias descriptivas referidas en la calificación, toda vez que estas no comportan dudas sobre esa identidad de la finca ni hay contradicción entre la certificación descriptiva y gráfica, la certificación técnica y el título calificado, que impida la inscripción de la edificación tal como se describe en este último.

Resolución de 16-6-2020

BOE 3-8-2020

Registro de la Propiedad de Escalona.

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: NOTA MARGINAL SOBRE LA CONCRETA SITUACIÓN URBANÍSTICA DE LA FINCA.

La primera razón que da el registrador para denegar la práctica de la nota marginal es que no consta en la certificación del Ayuntamiento que se trate de construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición. Pero esto es un presupuesto de la aplicación de la inscripción

como obra nueva antigua al amparo del artículo 28.4 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, ya citado. Por tanto, si se inscribió por esta vía la ampliación de la obra nueva no puede ahora el registrador revisar esta cuestión. Precisamente ante la aplicación de ese régimen, el registrador notifica al Ayuntamiento que expide la certificación para la constancia por nota marginal de la concreta situación urbanística de la finca.

Los defectos señalados en la nota de calificación registral relativos a que no se precisa con claridad la finca afectada, la notificación al titular registral y la concreta normativa urbanística infringida han de ser revocados, pues, efectivamente, como alega el recurrente, de la documentación calificada queda fuera de duda cuál es la finca registral a que se refiere [el propio registrador aporta el folio registral en el expediente, relativo a la inscripción 51 de la finca registral 5154, calle (...), de Escalona], que su titular registral ha sido notificado de la resolución cuya constancia por nota marginal se solicita y que lo que se pretende hacer constar por nota marginal es que la finca no tiene licencia e incumple la normativa urbanística en materia de retranqueos, concretando exactamente por qué lo incumple.

Ya se pronunció este Centro Directivo en la Resolución de 8 de agosto de 2019 sobre la procedencia de la tramitación seguida en el Ayuntamiento y el contenido final de la resolución, considerando que son suficientes para permitir su constancia por nota al margen de la inscripción de la edificación declarada sobre la finca. Esta Dirección General ya ha tenido ocasión de tratar el acceso registral de las concretas determinaciones urbanísticas impuestas por acto administrativo —cfr., por todas, Resolución de 7 de octubre de 2015 respecto a la constancia de volumen disconforme que un edificio industrial tiene en relación con el planeamiento vigente— estableciendo que desde el punto de vista registral, nuestra legislación hipotecaria en aras de lograr la progresiva coordinación con la ordenación urbanística, regula hoy un amplio elenco de actos administrativos que pueden y deben tener acceso registral, así como su forma documental y clase de asiento. Requisito específico desde el punto de vista registral será la debida intervención en el procedimiento administrativo del interesado y la firmeza del acto, no solo respecto a la resolución que contiene las determinaciones urbanísticas, sino específicamente el acuerdo administrativo de su constancia registral, pudiendo entenderse, respecto a este último, que puede considerarse cumplido mediante la instancia con firma legitimada notarialmente o ante el registrador o manifestación en acta notarial del actual titular registral.

Respecto de la cuestión de si la resolución necesaria para hacer constar en el Registro de la Propiedad, por nota al margen de la inscripción de la declaración de obra nueva, la concreta situación urbanística de la misma, con la delimitación de su contenido e indicación expresa de las limitaciones que imponga al propietario (a que se refiere el artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo), requiere la previa tramitación de un expediente de disciplina urbanística con el cumplimiento de lo dispuesto en el capítulo VII del Real Decreto 1093/1997, ya se pronunció este Centro Directivo, afirmando (véase Resolución citada de 8 de agosto de 2019) que basta certificación municipal en la que consultados los antecedentes que ya obren previamente en el ayuntamiento se haga constar directamente esa concreta situación urbanística de la misma.

También se plantea la cuestión relativa a si, en el caso concreto objeto del presente recurso, puede apreciarse que una certificación municipal que afirma «que la ampliación no consta de licencia, es una actuación clandestina y no cumple la

normativa urbanística en cuanto retranqueo a linderos especificándose el mismo (3 metros a linderos y 4 a calle) tiene la concreción legal mínima exigida por el artículo citado cuando habla de hacer constar «la concreta situación urbanística de la misma, con la delimitación de su contenido e indicación expresa de las limitaciones que imponga al propietario». La solución debe ser afirmativa, ya que, si como se dijo en la resolución de 8 de agosto de 2019, bastaría con afirmar que «la edificación no cuenta con licencia de obras y tiene la consideración de actuación clandestina», con más razón debe aceptarse la resolución en que se concrete aún más en que consiste la infracción urbanística, como ocurre en el supuesto de hecho ahora planteado.

Resolución de 16-6-2020

BOE 3-8-2020

Registro de la Propiedad de Roa.

DOBLE INMATRICULACIÓN: EFECTOS. CALIFICACIÓN REGISTRAL: CONSULTA DATOS CATASTRALES

Está claro que se ha producido una doble inmatriculación, como consecuencia de haberse vendido la finca (finca de origen) durante el proceso de concentración parcelaria. Proceso que, al no haberse tomado en consideración la venta efectuada con anterioridad, dio lugar a la adjudicación a favor de los aportantes de esa finca (como finca de reemplazo), que por subrogación real legal sustituía a la que había sido vendida con anterioridad. Formalmente tiene razón el registrador cuando dice que falta el tracto sucesivo respecto de la finca registral 3134, que son los datos que se dan en el título presentado a inscripción. Pero el tracto sí se cumple si se aprecia que la finca registral 3055, es la misma finca física descrita en el título, si bien doblemente inmatriculada y que esta finca por subrogación real fue sustituida ex lege por la de reemplazo en el proceso de concentración parcelaria. Por lo que el tracto sucesivo material se cumple. Nada impide practicar la inscripción del título presentado en la finca inscrita a nombre de don A. U. C. y doña M. P. G. T., la registral 3055, si bien haciéndose constar que la parcela 350 del polígono 9 es en la actualidad la parcela 643 del polígono 507, una vez acreditado con los certificados testimoniados en la escritura, que se trata de la misma finca.

Al mismo tiempo cabe proceder a la inscripción en ella de la representación gráfica catastral, con cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria. Lo facilita el disponer de certificación catastral descriptiva gráfica. El registrador en el ejercicio de su función calificadora puede tener en cuenta los datos que resulten de organismos oficiales a los que pueda acceder directamente, no solo para el mayor acierto en la calificación sino también para liberar a los interesados de presentar documentos que puede obtener directamente cuando ello le sea factible sin paralizar el procedimiento registral o cuando sea especialmente útil para el ejercicio adecuado de la calificación registral sobre todo en relación con materias urbanísticas en que debe existir la mayor colaboración y coordinación posible entre Registro y Urbanismo y entre Registro y Catastro, como resulta evidente en este caso atendiendo a la legislación existente sobre la coordinación entre todas las instituciones indicadas, a la vista del texto refundido de la Ley del Catastro y de la legislación urbanística.

Resolución de 16-6-2020
BOE 3-8-2020
Registro de la Propiedad de Liria.

**SUCESIÓN INTESTADA EN FAVOR DE LA GENERALIDAD VALENCIANA:
NORMATIVA APLICABLE.**

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 otro lado, en relación con el fondo de la cuestión planteada, se hace preciso examinar, en primer término, cuál es la normativa aplicable en este caso al expediente de declaración de herederos abintestato. No resulta de aplicación la Ley 33/2003 puesto que la disposición final segunda apartado 2 de la citada ley dispone que el artículo 20 se dicta al amparo del artículo 149.1. 8.a de la Constitución, y es de aplicación general, sin perjuicio de lo dispuesto en los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan. A la entrada en vigor de la citada ley ya estaba vigente la Ley 14/2003, de 10 de abril, de Patrimonio de la Generalitat Valenciana. En su disposición transitoria única, el Decreto 20/2019 prevé que todos los expedientes que estén en tramitación en la fecha de su entrada en vigor se rijan por las normas contenidas en el mismo. No obstante, en el presente procedimiento resulta de aplicación el Decreto 47/2013 y no el Decreto 20/2019, dado que la resolución de terminación del expediente de declaración administrativa de herederos abintestato y de aceptación de la herencia, de 13 de diciembre de 2018, es anterior a su entrada en vigor.

Resolución 16-6-2020
BOE 3-8-2020
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 13.

**REQUISITOS FISCALES: LEVANTAMIENTO DEL CIERRE REGISTRAL EN EL
IMPUESTO DE IVTNU.**

Previamente, en cuanto a la alegación de haber sido admitida la escritura en otro Registro, este Centro Directivo ha afirmado de forma reiterada, que el registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción, no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación.

El cierre registral en tanto se acredite el cumplimiento de las obligaciones tributarias por el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana aparece regulado por el apartado 5 del artículo 254 de la Ley Hipotecaria desde la modificación llevada a cabo por la Ley 16/2012, de 27 de diciembre. De la regulación legal resulta que, en el ámbito de la autonomía local, las entidades locales pueden imponer o no este tributo con carácter voluntario

de acuerdo con la ley estatal, así como reglamentar el tributo mediante la aprobación de la correspondiente ordenanza fiscal.

Fuera del caso de comunicación, no basta acreditar la mera remisión de un documento de autoliquidación o de declaración, sino que es preciso, como resulta de del texto del propio artículo 254.5, que la acreditación comprenda el hecho de la recepción por la Administración Tributaria competente (*vid.* Resolución de 3 de marzo de 2012, entre otras, en relación con los artículos 119 y 120 de la Ley General Tributaria). Y este último requisito se puede entender cumplido en el supuesto que motiva este recurso.

En el concreto supuesto de este expediente, en la escritura calificada se inserta, como justificante de la presentación de la comunicación encomendada al notario autorizante, un documento, generado de forma electrónica encabezado con la imagen corporativa del Consejo General del Notariado, y el del Ayuntamiento de Sevilla, en el que se acredita la existencia de un justificante electrónico de recepción de fecha 8 de julio de 2019, a las 19:11 horas, con el correspondiente siguiente código electrónico de comunicación que se reseña, en base a lo cual, el notario da fe de la recepción por parte del Ayuntamiento de Sevilla.

Resolución de 17-6-2020

BOE 3-8-2020

Registro de la Propiedad de Nules, número 3.

DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO TERRESTRE: ACTUACIÓN DEL REGISTRADOR.

Este Centro Directivo ha venido entendiendo, por tanto, plenamente aplicable el artículo 35 del Reglamento de la Ley de Costas, que extiende a las segundas y posteriores transmisiones las mismas exigencias de acreditación de la no invasión de zona de dominio público marítimo-terrestre, que las previstas para las inmatriculaciones, y cuya legalidad, en contra de lo sostenido por el recurrente, pasó a ser indiscutida a partir de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo, a la que esta Dirección General adecuó como se ha dicho su doctrina a partir de la Resolución de fecha 6 de octubre de 2008. Tras la derogación de la citada norma reglamentaria, 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.

Como ha señalado este Centro Directivo (*vid.* Resoluciones de 23 de agosto de 2016, 27 de junio de 2017 y 23 de mayo y 19 de junio de 2018), para la debida comprensión de este precepto debe contemplarse conjuntamente con el contenido de toda la Sección Cuarta del Capítulo III del actual Reglamento de Costas, reguladora de las inmatriculaciones y excesos de cabida que puedan afectar a este dominio público. 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 artículo 33). De todas

estas normas resulta que con la nueva regulación se pretende que el registrador pueda comprobar directamente, a la vista de las representaciones gráficas, la situación de las fincas en relación al dominio público y las servidumbres legales. Solo en el caso en que de tal comprobación resulte invasión o intersección, procedería la solicitud por el registrador de un pronunciamiento al respecto al Servicio Periférico de Costas.

El Servicio Periférico de Costas recibió dicha comunicación del 27 de diciembre de 2019. El 4 de febrero se recibe en el Registro certificación del Servicio de Costas, acreditativo de la invasión, mediante vuelo, del dominio público marítimo-terrestre. Por tanto, cuando la citada certificación del Servicio de Costas se recibe en el Registro de la Propiedad, ya había pasado el plazo de un mes que prevé el señalado artículo. En consecuencia, el registrador debió proceder en los términos en que dicho precepto le marca, es decir, convertir la anotación de suspensión en inscripción de dominio, notificándolo al servicio periférico de costas, y dejando constancia en el folio de la finca. Todo ello sin perjuicio de que la Administración pueda proceder al deslinde administrativo.

Resolución de 17-6-2020

BOE 3-8-2020

Registro de la Propiedad de Castellón de la Plana, número 3.

EXPEDIENTE DE DOMINIO DEL ARTÍCULO 201 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Ha sido definido el exceso de cabida en numerosas ocasiones por este Centro Directivo, considerando que el mismo, en relación a su naturaleza y alcance, y en base a los argumentos legales correspondientes, puede configurarse como aquel expediente en el que se hace constar en los libros la correcta extensión y descripción de la finca como base del Registro.

Hay que recordar que la Resolución de 17 de noviembre de 2015 ya destacó el procedimiento del artículo 201 de la Ley Hipotecaria entre los medios hábiles para obtener la inscripción registral de rectificaciones descriptivas que persiguen y potencialmente permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (tanto de superficie como linderos, incluso linderos fijos), de cualquier magnitud (tanto diferencias inferiores como superiores al 10% de la superficie previamente inscrita) y además obtener la inscripción de la representación geográfica de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices.

Centrándonos en la justificación de las dudas de identidad, como ha reiterado este Centro Directivo, siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados. En el presente caso, las dudas de identidad que expone la registradora se fundamentan, esencialmente, en las alteraciones físicas que resultan de la consulta de antecedentes catastrales en la Sede Electrónica del Catastro unido al análisis de las modificaciones en los linderos, lo cual justifica las dudas expuestas pormenorizadamente en la calificación. Las advertencias puestas de manifiesto en la certificación y en las que se basa la calificación, no resultan desvirtuadas por lo actuado en el acta, en la que únicamente se realizan los trámites de notificación previstos en el artículo 203 en relación con el 201 de la Ley Hipotecaria, sin que se añada prueba, averiguación o dato objetivo alguno.

En el presente caso debe analizarse la circunstancia de que la certificación ha sido expedida por una registradora diferente a la que corresponde calificar lo actuado en el procedimiento e inscribir el mismo. A esta cuestión se refirió la Dirección General de los Registros y del Notariado en las Resoluciones de 1 de junio de 2017 y 30 de abril de 2019, que estimaron como salvedad a la regla general que impide al registrador oponer dudas de identidad a la conclusión del expediente si no se expresaron en la certificación, aquellos casos en que el registrador que emitió la certificación inicial que permitió iniciar el expediente sea distinto de quien va a practicar la inscripción.

Resolución de 17-6-2020

BOE 3-8-2020

Registro de la Propiedad de Escalona.

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: NOTA MARGINAL SOBRE LA CONCRETA SITUACIÓN URBANÍSTICA DE LA FINCA.

La primera razón que da el registrador para denegar la práctica de la nota marginal es que no consta en la certificación del Ayuntamiento que se trate de construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición. Pero esto es un presupuesto de la aplicación de la inscripción como obra nueva antigua al amparo del artículo 28.4 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, ya citado. Por tanto, si se inscribió por esta vía la ampliación de la obra nueva no puede ahora el registrador revisar esta cuestión. Precisamente ante la aplicación de ese régimen, el registrador notifica al Ayuntamiento que expide la certificación para la constancia por nota marginal de la concreta situación urbanística de la finca.

Los defectos señalados en la nota de calificación registral relativos a que no se precisa con claridad la finca afectada, la notificación al titular registral y la concreta normativa urbanística infringida han de ser revocados, pues, efectivamente, como alega el recurrente, de la documentación calificada queda fuera de duda cuál es la finca registral a que se refiere (el propio registrador aporta el folio registral en el expediente, relativo a la inscripción 51 de la finca registral 5154, calle [...], de Escalona), que su titular registral ha sido notificado de la resolución cuya constancia por nota marginal se solicita y que lo que se pretende hacer constar por nota marginal es que la finca no tiene licencia e incumple la normativa urbanística en materia de retranqueos, concretando exactamente por qué lo incumple.

Ya se pronunció este Centro Directivo en la Resolución de 8 de agosto de 2019 sobre la procedencia de la tramitación seguida en el Ayuntamiento y el contenido final de la resolución, considerando que son suficientes para permitir su constancia por nota al margen de la inscripción de la edificación declarada sobre la finca. Esta Dirección General ya ha tenido ocasión de tratar el acceso registral de las concretas determinaciones urbanísticas impuestas por acto administrativo —cfr., por todas, Resolución de 7 de octubre de 2015 respecto a la constancia de volumen disconforme que un edificio industrial tiene en relación con el planeamiento vigente— estableciendo que desde el punto de vista registral, nuestra legislación hipotecaria en aras de lograr la progresiva coordinación con la ordenación urbanística, regula hoy un amplio elenco de actos administrativos

que pueden y deben tener acceso registral, así como su forma documental y clase de asiento. Requisito específico desde el punto de vista registral será la debida intervención en el procedimiento administrativo del interesado y la firmeza del acto, no solo respecto a la resolución que contiene las determinaciones urbanísticas, sino específicamente el acuerdo administrativo de su constancia registral, pudiendo entenderse, respecto a este último, que puede considerarse cumplido mediante la instancia con firma legitimada notarialmente o ante el registrador o manifestación en acta notarial del actual titular registral.

Respecto de la cuestión de si la resolución necesaria para hacer constar en el Registro de la Propiedad, por nota al margen de la inscripción de la declaración de obra nueva, la concreta situación urbanística de la misma, con la delimitación de su contenido e indicación expresa de las limitaciones que imponga al propietario (a que se refiere el artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo), requiere la previa tramitación de un expediente de disciplina urbanística con el cumplimiento de lo dispuesto en el capítulo VII del Real Decreto 1093/1997, ya se pronunció este Centro Directivo, afirmando (véase resolución citada de 8 de agosto de 2019) que basta certificación municipal en la que consultados los antecedentes que ya obren previamente en el ayuntamiento se haga constar directamente esa concreta situación urbanística de la misma.

También se plantea la cuestión relativa a si, en el caso concreto objeto del presente recurso, puede apreciarse que una certificación municipal que afirma «que la ampliación no consta de licencia, es una actuación clandestina y no cumple la normativa urbanística en cuanto retranqueo a linderos especificándose el mismo (3 metros a linderos y 4 a calle) tiene la concreción legal mínima exigida por el artículo citado cuando habla de hacer constar «la concreta situación urbanística de la misma, con la delimitación de su contenido e indicación expresa de las limitaciones que imponga al propietario». La solución debe ser afirmativa, ya que, si como se dijo en la resolución de 8 de agosto de 2019, bastaría con afirmar que «la edificación no cuenta con licencia de obras y tiene la consideración de actuación clandestina», con más razón debe aceptarse la resolución en que se concrete aún más en que consiste la infracción urbanística, como ocurre en el supuesto de hecho ahora planteado.

Resolución de 17-6-2020

BOE 3-8-2020

Registro de la Propiedad de Escalona.

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: NOTA MARGINAL SOBRE LA CONCRETA SITUACIÓN URBANÍSTICA DE LA FINCA.

La primera razón que da el registrador para denegar la práctica de la nota marginal es que no consta en la certificación del Ayuntamiento que se trate de construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición. Pero esto es un presupuesto de la aplicación de la inscripción como obra nueva antigua al amparo del artículo 28.4 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, ya citado. Por tanto, si se inscribió por esta vía la ampliación de la obra nueva no puede ahora el registrador revisar esta cuestión. Precisamente ante la aplicación de ese régimen, el registrador notifica al Ayuntamiento que expide la certificación para la constancia por nota marginal de la concreta situación urbanística de la finca.

Los defectos señalados en la nota de calificación registral relativos a que no se precisa con claridad la finca afectada, la notificación al titular registral y la concreta normativa urbanística infringida han de ser revocados, pues, efectivamente, como alega el recurrente, de la documentación calificada queda fuera de duda cuál es la finca registral a que se refiere (el propio registrador aporta el folio registral en el expediente, relativo a la inscripción 51 de la finca registral 5154, calle (...), de Escalona), que su titular registral ha sido notificado de la resolución cuya constancia por nota marginal se solicita y que lo que se pretende hacer constar por nota marginal es que la finca no tiene licencia e incumple la normativa urbanística en materia de retranqueos, concretando exactamente por qué lo incumple.

Ya se pronunció este Centro Directivo en la Resolución de 8 de agosto de 2019 sobre la procedencia de la tramitación seguida en el Ayuntamiento y el contenido final de la resolución, considerando que son suficientes para permitir su constancia por nota al margen de la inscripción de la edificación declarada sobre la finca. Esta Dirección General ya ha tenido ocasión de tratar el acceso registral de las concretas determinaciones urbanísticas impuestas por acto administrativo —cfr., por todas, Resolución de 7 de octubre de 2015 respecto a la constancia de volumen disconforme que un edificio industrial tiene en relación con el planeamiento vigente— estableciendo que desde el punto de vista registral, nuestra legislación hipotecaria en aras de lograr la progresiva coordinación con la ordenación urbanística, regula hoy un amplio elenco de actos administrativos que pueden y deben tener acceso registral, así como su forma documental y clase de asiento. Requisito específico desde el punto de vista registral será la debida intervención en el procedimiento administrativo del interesado y la firmeza del acto, no solo respecto a la resolución que contiene las determinaciones urbanísticas, sino específicamente el acuerdo administrativo de su constancia registral, pudiendo entenderse, respecto a este último, que puede considerarse cumplido mediante la instancia con firma legitimada notarialmente o ante el registrador o manifestación en acta notarial del actual titular registral.

Respecto de la cuestión de si la resolución necesaria para hacer constar en el Registro de la Propiedad, por nota al margen de la inscripción de la declaración de obra nueva, la concreta situación urbanística de la misma, con la delimitación de su contenido e indicación expresa de las limitaciones que imponga al propietario (a que se refiere el artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo), requiere la previa tramitación de un expediente de disciplina urbanística con el cumplimiento de lo dispuesto en el capítulo VII del Real Decreto 1093/1997, ya se pronunció este Centro Directivo, afirmando (véase Resolución citada de 8 de agosto de 2019) que basta certificación municipal en la que consultados los antecedentes que ya obren previamente en el ayuntamiento se haga constar directamente esa concreta situación urbanística de la misma.

También se plantea la cuestión relativa a si, en el caso concreto objeto del presente recurso, puede apreciarse que una certificación municipal que afirma «que la ampliación no consta de licencia, es una actuación clandestina y no cumple la normativa urbanística en cuanto retranqueo a linderos especificándose el mismo (3 metros a linderos y 4 a calle) tiene la concreción legal mínima exigida por el artículo citado cuando habla de hacer constar «la concreta situación urbanística de la misma, con la delimitación de su contenido e indicación expresa de las limitaciones que imponga al propietario». La solución debe ser afirmativa, ya que, si como se dijo en la Resolución de 8 de agosto de 2019, bastaría con afirmar que «la edificación no cuenta con licencia de obras y tiene la consideración de

actuación clandestina», con más razón debe aceptarse la resolución en que se concrete aún más en que consiste la infracción urbanística, como ocurre en el supuesto de hecho ahora planteado.

Resolución de 18-6-2020

BOE 3-8-2020

Registro de la Propiedad de Oliva.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE EN CASO DE VENTA DE CUOTAS INDIVISAS.

Ciertamente, las normas que regulan el derecho de adquisición preferente del arrendatario en materia de arrendamientos urbanos han de ser objeto de interpretación estricta en cuanto limitan las facultades dispositivas inherentes al dominio de los bienes arrendados. No obstante, el Tribunal Supremo y esta Dirección General han puesto de relieve en reiteradas ocasiones que también se reconoce al arrendatario el derecho de adquisición preferente en los casos de transmisión de cuotas indivisas de viviendas o locales arrendados. Cualquier otra interpretación permitiría dejar sin efecto el derecho del arrendatario a la adquisición de la propiedad de la vivienda o del local arrendado, ya que con la transmisión sucesiva por cuotas del inmueble se lograría eludir la aplicación de una norma, tuitiva de los intereses del arrendatario.

Por último, no puede estimarse el motivo de impugnación alegado por el recurrente cuando afirma que han tenido lugar las notificaciones previstas en la Ley de Arrendamientos Urbanos. De la documentación testimoniada en la escritura respecto de la autorización del juez del concurso para la venta de la participación indivisa del inmueble no resulta que se haya notificado en forma fehaciente la decisión de vender la finca arrendada, el precio y las demás condiciones esenciales de la transmisión.

Resolución de 18-6-2020

BOE 3-8-2020

Registro de la Propiedad de Nules, número 1.

HIPOTECA: APLICACIÓN DE LA LEY 5/2019 A LAS HIPOTECAS EN FAVOR DE SOCIEDADES DE GARANTÍA RECÍPROCA.

La única cuestión que se plantea en el presente recurso es si los requisitos establecidos en la Ley 5/2019 de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (entre ellos el acta notarial de comprobación de la transparencia material) son aplicables al supuesto de una hipoteca constituida en garantía aval concedido por una Sociedad de Garantía Recíproca, que grava un inmueble de uso residencial perteneciente a un hipotecante que es una persona física; siendo que ese aval se otorgó en garantía, a su vez, de un préstamo concedido por una entidad de crédito a una sociedad de capital con una finalidad exclusivamente mercantil, de cuya sociedad es socio el hipotecante.

Las sociedades de garantía recíproca son entidades financieras cuyo registro, control e inspección es competencia del Banco de España, sin ánimo de lucro y ámbito de actuación específico (por Autonomías o sectores), y cuyo objeto prin-

cial es procurar el acceso al crédito de las pequeñas y medianas empresas, y mejorar sus condiciones de financiación, a través de la prestación de avales ante las entidades financieras. Resulta claro que una sociedad de garantía recíproca ni es una entidad de crédito (tampoco un establecimiento financiero de crédito), ni puede conceder créditos; razón por la que no quedaría, sin más, sujeta a la aplicación de la Ley 5/2019, pues no puede entenderse incluida en el ámbito subjetivo de esta, como posteriormente se indicará. Este Centro Directivo ha entendido que las sociedades de garantía recíproca no se encuentran incluidas entre de las entidades financieras a las que se refiere el artículo 153 bis a) de la Ley Hipotecaria.

No figuran en el expediente ni la póliza de préstamo que constituye la obligación subyacente, ni la póliza de aval, cuyo saldo se garantiza con la hipoteca, no obstante lo cual, de la escritura de constitución de hipoteca resulta que la obligación garantizada con la misma es el afianzamiento concedido por la Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunitat Valenciana, renunciado expresamente a los beneficios de división, orden y excusión, a su socio partícipe «Throne of House SL» frente al Institut Valencià de Finances (IVF), en garantía de todas las obligaciones dimanantes del préstamo concedido a aquel por esta última entidad.

A la posible aplicación de la Ley 5/2019 a las sociedades de garantía recíproca también se ha referido este Centro en la Instrucción de 20 de diciembre de 2019, sobre la actuación notarial y registral ante diversas dudas en aplicación de dicha Ley. Según estas consideraciones serán determinantes para la aplicación de la Ley 5/2019 analizar cada caso concreto, bajo la premisa de que habrá de tratarse supuestos en que personas físicas constituyan la garantía en favor de determinada sociedad de garantía recíproca, por lo que en el presente caso debe trasladarse dicho examen a la escritura de hipoteca, no a la operación crediticia avalada por tal sociedad que se documentó en póliza. Ahora bien, en este concreto caso, la hipoteca únicamente constituye una superposición de garantía, pues tiene por objeto reforzar la contragarantía (aval documentado en póliza) que prestaron el deudor y sus avalistas (también hipotecantes).

Si, como sostiene el registrador en la calificación impugnada, se aplican las consideraciones expresadas en el apartado anterior a la hipoteca, aunque no al aval que con la misma se pretende garantizar, deberá concluirse que dicha hipoteca debe ajustarse a lo establecido por la Ley 5/2019 en materia de acta notarial previa, vencimiento anticipado, intereses de demora, y gastos. Lo que ocurre es que, en el presente caso, la operación crediticia subyacente consiste en un préstamo, con finalidad inversora, y su contragarantía en favor de la sociedad de garantía recíproca que ha avalado aquel. Esta avalista, según resulta del expediente de este recurso, no ha desplegado, ni intermediado, actividad crediticia alguna; ni siquiera dentro la amplitud conceptual que emplea el citado artículo 4 de la Ley 5/2019, por lo que ni entraría en el ámbito de aplicación de la misma, ni requeriría la previa formalización del acta notarial de cumplimiento del principio de transparencia material. Por consiguiente, cuando un préstamo personal quede bajo la aplicación de la Ley 5/2019, la entidad financiera habrá de cumplir todas las obligaciones informativas, en materia de transparencia, de limitaciones en su clausulado, análisis de solvencia, etc., que se establecen en la misma. Por el contrario, no parece obligado en tal supuesto el otorgamiento del acta previa informativa ante el notario, según se desprende con claridad del tenor literal de la norma. El artículo 15, en su segundo párrafo, dispone que todo ello se hará constar “en un acta notarial previa a la formalización del préstamo hipotecario», lo que limita el ámbito de dicha acta a las operaciones de préstamo hipotecario.

Y siendo la hipoteca constituida —como ya se ha indicado— de superposición de garantía, dados los términos en que se concertó y a la vista de la citada Instrucción, no puede entenderse incluida en el ámbito de la Ley de 5/2019, pues ni se ha obligado la sociedad de garantía recíproca a menos que el deudor principal, ni ha concedido facilidades crediticias al socio, y por ello carece de fundamento la exigencia contenida en la calificación impugnada. Si en el contrato de contragarantía, al regular la cuenta especial que se abre normalmente en este tipo de contratos para anotar las cantidades adeudadas por el beneficiario del aval, se convinieran aplazamientos o facilidades de pago, le sería plenamente aplicable la Ley 5/2019, pues se trataría de una hipoteca en garantía de préstamo, en los términos que el concepto de préstamo se define por dicha Ley; pero si no se ha previsto dicho aplazamiento, sino que en la cuenta se anotan cantidades en calidad de vencidas, líquidas y exigibles, no podrá calificarse de préstamo, debiendo por tanto quedar su hipoteca fuera del ámbito de aplicación de la Ley, como ocurre en el presente supuesto.

Resolución de 19-6-2020

BOE 3-8-2020

Registro de la Propiedad de Santo Domingo de la Calzada.

PROPIEDAD HORIZONTAL: VINCULACIONES *OB REM*.

Ha sido reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (*vid.*, por todas Resoluciones de 14 de julio de 2017), basada en el contenido del citado precepto legal y en la doctrina del Tribunal Supremo (*vid.* Sentencia —Sala Tercera— de 22 de mayo de 2000), que el objeto del recurso contra la calificación negativa del registrador no es el asiento registral sino el propio acto de calificación de dicho funcionario, de manera que se trata de declarar si esa calificación fue o no ajustada a Derecho.

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). 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). El régimen de propiedad horizontal implica que la propiedad sobre el piso, local o departamento privativo (lo que el artículo 396 del Código civil denomina propiedad separada) tiene unos límites y su propietario está sujeto a determinadas obligaciones que resultan de la propia ley así como de los estatutos (cfr. arts. 5, párrafo tercero, y 7.2 de la Ley sobre propiedad horizontal). Una vez inscritas en el Registro de la Propiedad, las limitaciones estatutarias impuestas a la propiedad de elementos privativos son oponibles a los terceros.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (*vid.* la Sentencia de 3 de diciembre de 2014, entre otras citadas en los «Vistos»), tras declarar que el derecho a la propiedad privada es un derecho reconocido por el artículo 33 de la Constitución y que está concebido ampliamente en nuestro ordenamiento, sin más limitaciones

que las establecidas legal o convencionalmente (limitaciones que, en todo caso, deben ser interpretadas restrictivamente), ha entendido reiteradamente que la mera descripción del inmueble no supone una limitación del uso o de las facultades dominicales, sino que la eficacia de una prohibición de esta naturaleza exige una estipulación clara y precisa que la establezca.

En el presente caso los estatutos permiten la vinculación *ob rem* respecto de varias fincas. 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. El establecimiento de una vinculación *ob rem* entre la cuota respectiva de la referida parcela reservada por el promotor (finca registral 13.067) y la titularidad de las viviendas números 1, 2, 3, 4, 5, 7 y 8 del proyecto afecta al derecho de dominio de cada uno de los propietarios, requiriéndose por tanto el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes, el cual debe constar mediante documento público para su acceso al Registro de la Propiedad.

En contra de lo exigido por la registradora en la calificación impugnada, no es necesario además el acuerdo unánime de la junta de propietarios, pues aun dejando al margen el hecho de que la limitación que la vinculación *ob rem* comporta en cuanto modificación del contenido normal del dominio de los elementos privativos no afecta a los restantes propietarios, lo cierto es que esta tiene el respaldo resultante de la reserva estatutaria de la facultad conferida al propietario de la finca registral 13.067 como antiguo promotor del edificio para establecer dicha vinculación. Y dicha reserva unilateral logró eficacia *erga omnes* mediante su inscripción registral, de modo que vincula también a quienes han accedido a la propiedad horizontal con posterioridad.

Resolución de 19-6-2020

BOE 3-8-2020

Registro de la Propiedad de Burgos, número 1.

CONCURSO DE ACREEDORES: CANCELACIÓN DE LA SITUACIÓN CONCURSAL DEL TITULAR REGISTRAL.

En primer lugar, ha de tenerse presente que, en materia de títulos susceptibles de calificación por el registrador, rige, con carácter general, no solo el principio de rogación, sino también el principio de titulación auténtica de los artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 33 de su Reglamento.

La nota simple informativa tiene valor puramente informativo y no da fe del contenido de los asientos, sin perjuicio de la responsabilidad del registrador, por los daños ocasionados por los errores y omisiones padecidos en su expedición. Al ser una mera reproducción de los asientos registrales no cabe sino arrastrar la situación concursal que resulta de los asientos registrales. Para realizar una depuración jurídica de las cargas canceladas es preciso acudir a la práctica de un asiento en el Registro de la Propiedad o a la expedición de una certificación registral, como señala el artículo 353 del Reglamento Hipotecario en su apartado 3.

Configurada la situación concursal como una situación que afecta, entre otras, a las facultades dispositivas del deudor puede llegarse a la conclusión, por parte de esta Dirección General, de que, hasta que no salga del patrimonio del concursado por enajenación de la misma cumpliendo los requisitos legales, no podrán extinguirse la referencia a la situación concursal en la que se encuentra el titular.

Resolución de 19-6-2020

BOE 3-8-2020

Registro de la Propiedad de La Unión, número 2.

EXPEDIENTE ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

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. Según dicho artículo 9.b), para efectuar esta incorporación potestativa han de aplicarse con carácter general los requisitos establecidos en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria.

En todo caso, será objeto de calificación por el registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca. Las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 199 y 201 LH y Resoluciones de 22 de abril, 8 de junio y 10 de octubre de 2016, entre otras).

El procedimiento previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria es aplicable incluso cuando la magnitud de la rectificación superficial excediera del diez por ciento de la superficie inscrita o se tratase de una alteración de linderos fijos, pues, por una parte, la redacción legal no introduce ninguna restricción cuantitativa ni cualitativa al respecto, y por otra, los importantes requisitos, trámites y garantías de que está dotado tal procedimiento justifican plenamente esta interpretación sobre su ámbito de aplicación.

Toda la argumentación de la registradora se fundamenta en la presunta existencia de un colindante eventualmente perjudicado por la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca, pero la registradora no expresa en su nota de calificación que efectivamente la registral 35.624 resulte ser efectivamente invadida, total o parcialmente, como consecuencia del acceso al Registro de la representación gráfica georreferenciada de la finca objeto del expediente regulado en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, limitándose a transcribir literalmente el escrito de alegaciones presentado por el colindante. En el caso que nos ocupa, no pueden considerarse fundados los motivos por los que la oposición del titular colindante debe prevalecer sobre la solicitud de la representación gráfica catastral, resultando, además, que por la propia Administración presuntamente afectada, se ha evacuado informe del que expresamente resulta que su finca no se ve afectada por la práctica de la operación solicitada.

Resulta evidente la discrepancia existente en cuanto a la superficie de la parcela que resulta de la comparación de ambas certificaciones catastrales, que por la magnitud de la misma pone de manifiesto una alteración de la línea poligonal de delimitación de la finca, por haberse llevado a cabo cambios en cuanto a su configuración física que pudieran poner de manifiesto que la certificación catastral descriptiva y gráfica aportada engloba, además, una porción colindante de suelo ajeno, en principio, a la finca objeto del expediente, tratando de conseguir con ello la inmatriculación de una porción de finca adicional. En consecuencia, deben confirmarse las dudas de identidad señaladas por la registradora.

Conforme a los artículos 9 y 199 de la Ley Hipotecaria debe evitarse la inscripción de una representación gráfica que coincida en todo o parte el dominio público, por lo que resulta procedente determinar si la mera afectación de la finca para ser destinada a viales implica el carácter demanial de la misma antes de producirse la aprobación del instrumento de ejecución del planeamiento que determina la afectación de la finca para ser destinada a viales. En el concreto supuesto de este expediente, no puede compartirse el criterio de la registradora, toda vez que las distintas Administraciones que pudieran resultar eventualmente perjudicadas (Demarcación de Costas, Dirección General de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y Excmo. Ayuntamiento de Cartagena) se han pronunciado expresamente en el sentido de no advertir invasión demanial alguna.

Resolución de 19-6-2020

BOE 3-8-2020

Registro de la Propiedad de Corcubión-Muros.

FINCA REGISTRAL: DETERMINACIÓN DEL NÚMERO DE POLICÍA. OBRA NUEVA: AMPLIACIÓN DE OBRA Y DETERMINACIÓN DE LA SUPERFICIE OCUPADA POR LA EDIFICACIÓN.

Como cuestión previa, debe señalarse que no podrá ser tenido en cuenta a efectos de la resolución de este recurso gubernativo el testimonio emitido por la misma notaria autorizante el día 24 de marzo de 2020, complementando la anteriormente citada escritura de rectificación y por la que se incorpora un informe de validación gráfica catastral, puesto que de conformidad con el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, «el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma».

Cuando no hay duda, como no la hay en el presente supuesto, por los datos descriptivos y número de finca registral aportados, de cuál es la finca sobre la que se declara la ampliación de obra, la no acreditación del cambio de nomenclatura no es obstáculo a su constancia tabular; sin perjuicio de que deba, en tales casos, practicarse la inscripción con los datos que resultan del Registro y advertir en la nota de despacho que no se ha modificado el nombre de la calle de situación de la finca por no haberse acreditado; acreditación que puede aportarse en cualquier momento y hacerse constar por nota marginal.

Por lo que se refiere al segundo defecto, debe recordarse que, en los supuestos de ampliación de una edificación ya inscrita, se afirmó por esta Dirección General, en Resolución de 23 de mayo de 2016 (reiterada en las de 6 de febrero y 2 de noviembre de 2017), que en tales casos la superficie ocupada por la construcción ya consta en el Registro, bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1, párrafo tercero, LH), y no es objeto de modificación o alteración en la escritura de ampliación de obra nueva por elevación de nuevas plantas. Por ello, el rigor de la norma debe atenuarse, puesto que el encaje en el supuesto de hecho previsto en el artículo 202 no es pleno, al ya constar en los libros del Registro el dato de la parte del solar sobre el que se eleva la construcción, y ser este precisamente el que origina la necesaria ubicación por medio de sus coordenadas georreferenciadas.

Resolución de 2-7-2020

BOE 5-8-2020

Registro de la Propiedad de San Sebastián, número 4.

DERECHO CIVIL VASCO: PODER TESTATORIO.

El primero de los defectos señalados es que el modo en que la viuda ejercita el poder testatorio, nombrándose ella misma heredera universal, sobrepasa los límites que impone la ley de Derecho civil vasco y que siendo estos límites el respeto a la legítima, no basta la manifestación que se realiza de haber sido «sobradamente satisfechas las legítimas de los descendientes por las donaciones que el causante les hizo en vida», por lo que debe recogerse la identificación y valoración de las mismas; que al existir poder testatorio, la fijación del valor de los bienes, se hará por el comisario solo si no tuviese interés en la sucesión, pero, que siendo tres los hijos del causante, la ley obliga a la heredera, y en su caso al comisario, a transmitir la legítima a los legitimarios, pudiendo elegir uno o varios y apartar a los demás de forma expresa o tácita.

En el Derecho sucesorio vasco, las normas tienen un inequívoco carácter dispositivo, corolario necesario del principio general de libertad civil, que es fuente del derecho civil vasco, que obliga a probar su imperatividad y no a presuponerla. En consecuencia, las normas no pueden ser interpretadas como una restricción de la facultad del comisario para hacer todo aquello que habría podido hacer el causante y este no le haya prohibido (art. 43.1); y del poder testatorio resulta que se confieren al comisario las mismas facultades que tiene el testador. En el supuesto concreto de este expediente, la viuda tiene unas facultades amplísimas conferidas en el poder testatorio. Así pues, ante estas facultades tan amplias, la viuda comisaria ha ejercido su poder testatorio y, aún más, puede hacer la designación de los herederos definitivos y, en su caso, el apartamiento expreso o tácito. En consecuencia, se ha de revocar este defecto señalado en la nota de calificación.

El segundo de los defectos señala que la viuda liquida la sociedad de gananciales por sí sola; que esta liquidación no puede realizarse unilateralmente, sino que es preciso el concurso de los herederos del causante; que, aunque la Ley de Derecho civil vasco contempla la autoadjudicación de bienes por el cónyuge viudo comisario para el caso de régimen de comunicación foral de bienes, no lo hace en el supuesto de la sociedad de gananciales. Las facultades del comisario vasco, así como las del poder testatorio, superan notablemente, las facultades del fiduciario del artículo 831 del Código civil. Este último se aproxima más al heredero de confianza navarro o al catalán, que tienen esas prerrogativas de designar heredero y no se ven limitados por el rigor de una legítima *pars bonorum*, de manera que pueden, sin necesidad de apartar expresamente a los legitimarios, adjudicar la totalidad de los bienes de la herencia en la forma que tengan por conveniente. Pues bien, el artículo 35 de la Ley 5/2015 permite al comisario la autoadjudicación de bienes que le hubiese atribuido el causante sin hacer distinción entre comunes y privativos, lo que cohonesta con la facultad del artículo 43 del mismo texto legal, de ejercer el poder testatorio sin más limitaciones que las impuestas por la ley al testador.

El tercero de los defectos señalados, es que la existencia de legitimarios implica la necesaria intervención de los mismos en la partición. La Dirección General de los Registros y del Notariado ha sentado su criterio sobre esta cuestión anteriormente, en la Resolución de 4 de julio de 2019, y, en aquella ocasión,

ante los mismos argumentos y alegaciones que ahora recoge el escrito de recurso, concluyó que la legítima en el Derecho civil común (y a diferencia de otros ordenamientos jurídicos españoles) se configura 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. De ahí que, en Derecho civil común, se imponga la intervención del legitimario en la partición, dado que tanto el inventario de bienes, como el avalúo y el cálculo de la legítima, son operaciones en las que ha de estar interesado el legitimario, para preservar la intangibilidad de su legítima. Así pues, recapitulando, la legítima foral vasca es colectiva, cabe el apartamiento de los legitimarios tanto de forma expresa como tácita, pero esto, como regla general, no significa, que el legitimario no apartado no pueda tener unos mecanismos de defensa para el amparo de su derecho, aunque sea mínimo, puesto que, aunque colectiva, la naturaleza sigue manteniéndose como «*pars valoris bonorum*». De ahí la mención a la que se refiere el artículo 15 de la Ley Hipotecaria. No obstante, en este concreto expediente, se trata de un poder testatorio, la viuda ha sido designada comisaria con amplísimas facultades para designar herederos e incluso designarse heredera a sí misma, y, además, lo puede hacer durante toda su vida tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*, y, en definitiva, tiene las mismas facultades de apartamiento que el testador, lo que diferencia este supuesto del analizado en la Resolución de 4 de julio de 2019. En consecuencia, debe revocarse el defecto señalado.

Resolución de 2-7-2020

BOE 5-8-2020

Registro de la Propiedad de Granada, número 1.

HERENCIA: SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO.

Frente a la sustitución fideicomisaria ordinaria, en el denominado fideicomiso de residuo se faculta al primer llamado para disponer de los bienes hereditarios o fideicomitados, por lo que la posición del fideicomisario queda en términos materiales notoriamente disminuida. El fideicomiso de residuo es una sustitución fideicomisaria con unos rasgos distintivos propios, pues aunque en él se mantiene lo que se suele considerar como esencial a su naturaleza jurídica de toda sustitución fideicomisaria, cual es el llamamiento múltiple, en ella el deber de conservar los bienes fideicomitados (no esencial sino natural, como ha quedado expuesto), puede adquirir diversas modalizaciones a la vista de las facultades dispositivas, más o menos amplias, que haya conferido el testador. Y tradicionalmente se ha venido considerando que la mayor o menor amplitud de la facultad de disposición concedida al fiduciario da lugar a la aparición del fideicomiso «*si aliquid supererit*» («si queda algo») y del fideicomiso «*de eo quod supererit*» («de lo que deba quedar»).

Por lo tanto, para la resolución de este expediente, es preciso determinar el tracto sucesorio de las herencias de los dos esposos, de acuerdo con los títulos sucesorios de cada uno de ellos. Fallece en primer lugar la esposa, en cuyo testamento se instituye heredero fiduciario a su esposo con facultad de disposición con absoluta libertad de los bienes de la herencia sin limitación alguna y por actos posteriores al fallecimiento de la testadora. El esposo heredero fiduciario no ha dispuesto de la finca ni ha otorgado testamento posterior a la apertura de

la sucesión de su esposa, y, por tanto, quedando bienes de esa herencia, entra en juego el llamamiento de los sustitutos fideicomisarios de residuo designados por la testadora, que son sus hermanos designados o sus sustitutos vulgares en su caso. Posteriormente fallece el esposo, y, respecto de sus bienes privativos, habiendo premuerto la instituida heredera fiduciaria, suceden los sustitutos vulgares de ella, que son los hermanos del esposo que habían sido designados como sustitutos fideicomisarios de residuo; pero no suceden en los derechos de la herencia de la esposa, que ya tienen titulares designados por ella —sus hermanos—.

El derecho de los fideicomisarios se produce y adquiere desde la muerte del causante fideicomitente y se transmite a sus herederos. Por ello, existiendo una sustitución fideicomisaria no estamos en presencia de un caso de heredero único, lo que así puso de relieve la Dirección General de los Registros y del Notariado, que determinó que no puede el fiduciario inscribir su derecho mediante instancia (Resolución de 27 de marzo de 1981, reiterada por muchas otras). Como ha puesto de relieve esta Dirección General, en los fideicomisos de residuo lo condicional no es el llamamiento en sí, sino su contenido, es decir, no se condiciona la cualidad sino el «*quantum*» de la misma.

Resolución de 2-7-2020

BOE 5-8-2020

Registro de la Propiedad de San Bartolomé de Tirajana.

EXPEDIENTE DE REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO: CERTIFICACIÓN.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones citadas en los «Vistos») que el auto recaído en expediente de dominio para reanudar el tracto sucesivo interrumpido es un medio excepcional para lograr la inscripción de una finca ya inmatriculada a favor del promotor. Esta excepcionalidad justifica una comprobación minuciosa por parte del registrador del cumplimiento de los requisitos y exigencias legalmente prevenidas, a fin de evitar la utilización de este cauce para la vulneración o indebida apropiación de derechos de terceros (al permitir una disminución de las formalidades que en los supuestos ordinarios se prescriben, precisamente, para la garantía de aquellos, como por ejemplo la exigencia de formalización pública del negocio adquisitivo para su inscripción registral), o para la elusión de las obligaciones fiscales (las inherentes a las transmisiones intermedias etc.). Se impone por tanto una interpretación restrictiva de las normas relativas al expediente de reanudación del tracto y en especial de las que definen la propia hipótesis de interrupción de tracto, de modo que solo cuando efectivamente concorra esta hipótesis y así resulte del auto calificado, puede accederse a la inscripción.

No puede decirse que exista efectiva interrupción del tracto cuando los promotores del expediente son los herederos del adquirente del titular registral, y por tanto los legitimados activamente para el ejercicio de las acciones que al mismo correspondían para satisfacer los requisitos establecidos por el ordenamiento relativos a la documentación de la compraventa. No obstante, debe recordarse la doctrina de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 19 de septiembre y 7 de diciembre de 2012 o 24 de marzo de 2015 y 13 de julio de 2017) que admite el expediente de dominio, incluso en aquellos casos donde no hay verdadera ruptura de tracto, cuando la obtención de la titulación ordinaria revista una extraordinaria dificultad, que daría lugar a formalismos inadecuados.

Lo procedente es expedir la certificación sin perjuicio de la calificación final que pueda hacer la registradora a la vista de las pruebas aportadas e incorporadas al acta final aprobatoria del expediente, donde podrán alegarse y justificarse las dificultades extraordinarias que permiten excepcionar la doctrina general de imposibilidad de tramitación del expediente por el promovente causahabiente del titular registral. Mientras no finalice el expediente y se expida en su caso acta de acreditación de la reanudación del tracto, no podrán valorarse todos los elementos de prueba objeto de calificación. Debiendo entretanto procederse a la expedición de la certificación, con las salvedades y advertencias que considere la registradora conveniente realizar.

Resolución de 2-7-2020

BOE 5-8-2020

Registro de la Propiedad de Alfaró-Cervera del Río Alhama.

PROPIEDAD HORIZONTAL: LEGALIZACIÓN DE UN LIBRO DE ACTAS.

En el presente expediente se solicita la legalización de un libro de actas relativo a un edificio sito en la calle — (...) del municipio de Cervera del Río Alhama, indicando en la propia instancia de solicitud que se trata de la registral 1347 del Registro de la Propiedad. Junto con dicha solicitud se acompaña fotocopia del acta de constitución de la comunidad de propietarios, al no constar inscrita la constitución de la referida comunidad.

En cuanto al primero de los defectos no puede ser confirmado en los términos en que ha sido redactado en la calificación recurrida. De la propia instancia resulta tanto la dirección señalada (calle y número de policía) como el número de finca registral, siendo, no obstante, distinta de la contenida en la propia inscripción del inmueble. Sin embargo, debe tenerse en consideración que en el presente supuesto nos encontramos ante una descripción registral resultante de un título de 1911, superior a un siglo de antigüedad, siendo habitual el cambio de número de policía y nombre de las calles a lo largo de los años. Dicha afirmación no impide la oportuna calificación registral que, de manera fundamentada, deberá indicar los motivos que concluyen la falta de identidad del inmueble.

Debe, por tanto, centrarse el debate en si ha sido debidamente acreditada la constitución de una comunidad de propietarios mediante la simple presentación de una fotocopia de un acta. La respuesta debe ser negativa por dos motivos. En primer lugar, porque impide la toma en consideración de simples fotocopias cuya autenticidad no puede ser validada. En segundo lugar, porque es el propio solicitante quien, en sede de recurso, acompaña una prolija documentación acreditativa de la constitución del citado régimen, documentación que, al no haber sido objeto de presentación en el momento de la calificación, no puede ser tenida en consideración en esta resolución (art. 326 LH y por todas RDGRN de 7 de marzo de 2019). No obstante, esta documentación podrá ser nuevamente aportada al Registro de la Propiedad, al objeto de obtener una nueva calificación registral.

Por último, se discute la legitimación del solicitante para instar la legalización del libro de actas. Dicho extremo, de nuevo, ya fue resuelto por la DGRN al indicar que el artículo 415.3 del Reglamento Hipotecario prescribe, como requisito de la instancia por la que solicita el diligenciado, «la afirmación de que (el solicitante) actúa por encargo del presidente de la comunidad».

Resolución de 2-7-2020

BOE 5-8-2020

Registro de la Propiedad de Madrid, número 39.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: RECLAMACIÓN DE CANTIDAD.

Lo primero que debe recordarse es que los registradores tienen dentro de su ámbito de competencia la calificación de documentos judiciales (*ex arts. 18 LH y 100 RH*), por lo que pueden revisar si la resolución judicial es congruente o no con el procedimiento seguido. No se trata de discutir el fondo de la resolución judicial, sino de exigir el cumplimiento de las normas estructurales de nuestro procedimiento registral, dentro del cual figura la necesidad —como regla general, no exenta de excepciones— de que tengan trascendencia real los títulos presentados (*arts. 1, 2 y 42 LH; 7 y 9 de su reglamento*).

Conforme al artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria solo caben anotaciones de demanda cuando se demande en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real. Se ha señalado así de modo reiterado que no caben anotaciones de demanda de reclamaciones de cantidad por tratarse de pretensiones de naturaleza meramente personal u obligacional, que no se refieren a ningún derecho real ni siquiera tienden a la constitución de tal derecho por vía de demanda y sentencia, como sería los supuestos propios de un «*ius ad rem*».

En el supuesto de hecho de este expediente, aunque prosperara la acción interpuesta, ninguna consecuencia inmediata registral tendría en relación con la titularidad de las fincas. En caso de que se llegara a condenar al demandado a indemnizar o devolver duplicadas las arras, solo en ejecución de sentencia, y ante su impago, procedería adoptar la medida cautelar de embargo.

Resolución de 14-7-2020

BOE 5-8-2020

Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 1.

DIVISIÓN Y SEGREGACIÓN DE FINCAS POR ANTIGÜEDAD: REQUISITOS.

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*—.

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, 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—.

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. Las alegaciones basadas en la antigüedad acreditada u otras circunstancias habrían de ser planteadas ante el órgano administrativo competente, en orden a obtener la oportuna declaración administrativa exigible por la citada norma registral reguladora del requisito de inscripción de la segregación, el artículo 26 de la vigente Ley estatal de Suelo.

Resolución de 14-7-2020

BOE 5-8-2020

Registro de la Propiedad de Madrid, número 20.

HIPOTECA: GARANTÍA DE LOS INTERESES MORATORIOS.

El recurso debe ser estimado. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (*vid.* las Resoluciones 28 de mayo de 2014, 25 de enero y 21 de marzo de 2017 y 20 de marzo y 11 de junio de 2020) en lo tocante a la configuración de la responsabilidad hipotecaria que se fije en garantía de los intereses ordinarios y de demora que se puedan devengar, dentro de los límites legales imperativos (arts. 25 de la Ley 5/2019, 114.2.º y 3 LH y 220 RH), opera la libertad de pacto, la cual puede ejercitarse, bien no garantizando los intereses devengados de un tipo determinado, bien fijando una cobertura en número de años distinta para cada tipo de interés, bien señalando un tipo máximo de cobertura superior a uno respecto del otro, sin que tengan que guardar ninguna proporción ya que estructuralmente nada impide que la garantía de uno u otro tipo de interés sea inferior a los efectivamente devengados, como nada impide la garantía parcial de la obligación principal.

El artículo 25 de la Ley 5/2019 establece que el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales y que esta regla no admite pacto en contrario. Pero ninguna limitación establece en cuanto a la negociación de la cifra de responsabilidad hipotecaria, por lo que —como se ha expresado anteriormente— puede ser inferior a la cifra máxima resultante de sumar tres puntos porcentuales al tipo máximo que —únicamente a efectos hipotecarios— se ha fijado para los intereses ordinarios.

Resolución de 14-7-2020

BOE 5-8-2020

Registro de la Propiedad de Úbeda, número 1.

CONCURSO DE ACRREDITORES: ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.

Los actos de la sociedad concursada realizados sin la intervención del administrador social, en caso de intervención, o del propio administrador concursal, en caso de suspensión, no pueden acceder al Registro de la Propiedad, salvo que sean confirmados o convalidados expresamente por ese órgano auxiliar del juez o se acredite, sea la caducidad de la acción de anulación, sea la desestimación por sentencia firme de la acción ejercitada (art. 40.7 de la Ley Concursal).

No puede compartirse la afirmación del recurrente de que la registradora se excede de sus competencias por el hecho de expresar que el notario no ha llevado a cabo juicio de suficiencia de la representación acreditada por el representante de la sociedad vendedora. A la vista de los términos de la escritura es evidente que el notario ha insertado una reseña identificativa de los documentos auténticos exhibidos para acreditar la representación alegada, pero no ha expresado que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para la compraventa que se formaliza (cfr. art. 98.1 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre).

Resolución de 14-7-2020

BOE 5-8-2020

Registro de la Propiedad de Leganés.

HIPOTECA: APORTACIÓN A UN FONDO DE TITULACIÓN.

La Resolución de 2 de septiembre de 2019 considera que la titulización es una forma de financiación utilizada habitualmente por las empresas de diversos sectores económicos, entre ellos el de las entidades de crédito respecto de los préstamos y créditos hipotecarios, teniendo la misma pleno reconocimiento legal en España desde la Ley 2/1981 de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, reformada entre otras por las leyes 19/1992, 41/2007, 1/2013 y 5/2019, y desarrollada en la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial. En concreto, la titulización constituye un proceso financiero por medio del cual se transforman unos activos generalmente ilíquidos (créditos/préstamos) en títulos o valores negociables, mediante la puesta en el mercado secundario, o mediante su cesión a un fondo de titulización, quien a su vez emite unos bonos para su colocación entre inversores institucionales. De esta manera, las entidades cedentes venden todo o parte de sus riesgos financieros para obtener nueva financiación con la que seguir desarrollando su negocio sin necesidad de acudir a otras vías, como ampliaciones de capital.

Por tanto, la aportación de derechos de crédito a un fondo de titulización supone que la entidad que concedió el mismo deja de ser la acreedora del préstamo o crédito, aunque conserve por Ley la titularidad registral y siga manteniendo, salvo pacto en contrario, su administración; siendo el fondo de inversión el nuevo acreedor, en todo o en parte, el cual se subroga en la misma posición jurídica que tenía de la entidad cesionaria concedente del crédito, ocupando su lugar en las relaciones con el deudor o prestatario, en lo referente al pago de la deuda.

Por otra parte, de la normativa aplicable a la titulación de préstamos y créditos hipotecarios, no se desprende que los deudores deban prestar su consentimiento o tengan que ser informados en ningún momento, ni de la incorporación, ni de la baja de sus préstamos a un fondo de titulación.

Nada impide la inscripción de la constitución del fondo de titulación en el Registro de la Propiedad como cesión de facultades inherentes al crédito —entre ellas la de titular—, pero para ello es preciso que sea solicitado por persona legitimada, y no se ha acreditado que el solicitante tenga la representación del transmitente ni del adquirente del derecho [art. 6 apartado d) LH]. El artículo 39 del Reglamento Hipotecario no puede alterar esta doctrina sobre la base de que el deudor cedido sea en este caso el presentante de la escritura de cesión de créditos. Este artículo reglamentario lo único que pretende es facilitar el tráfico con la presunción —*iuris tantum*— de considerar al presentante comprendido en los supuestos de representación, pero siempre que del contexto no resulte otra cosa. En este caso no estamos ante un mero representante/gestor al que se le pueda presumir la representación del adquirente o transmitente. Y el reglamento no puede ir más allá de la ley, que exige representación de uno u otro o bien ser interesado, y ya se ha afirmado que el deudor cedido, salvo en el caso de cesión de créditos litigiosos, no se ve afectado en nada por la cesión para titulación, no es legitimado para obtención de copia —según reiterada doctrina de este Centro Directivo dentro del servicio notarial— y tampoco para solicitar la inscripción por sí solo, mientras no acredite la representación de cedente o cesionario.

Resolución de 16-7-2020

BOE 5-8-2020

Registro de la Propiedad de Sant Feliu de Guíxols.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 201 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Ha sido definido el exceso de cabida en numerosas ocasiones por este Centro Directivo, considerando que el mismo, en relación a su naturaleza y alcance, y en base a los argumentos legales correspondientes, puede configurarse como aquel expediente en el que se hace constar en los libros la correcta extensión y descripción de la finca como base del Registro. Tras la reforma operada por la Ley 13/2015 para proceder a cualquier rectificación de la descripción también es preciso que no existan dudas sobre la realidad de la modificación solicitada. Si el expediente tramitado fuera el previsto en el artículo 201 de la Ley Hipotecaria, ya que el mismo se ha regulado en la reforma de la Ley 13/2015, de 24 de junio, con la finalidad específica de lograr toda clase de rectificación descriptiva, se prevén especiales garantías para su tramitación, que determinan que pueda utilizarse cualesquiera que sean las discrepancias superficiales con la cabida inscrita o los linderos que pretendan modificarse, incluso fijos (cfr. Resolución de 17 de noviembre de 2015). 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.

Ahora bien, en el presente caso debe analizarse la circunstancia de que la certificación ha sido expedida por una registradora diferente a la que corresponde calificar lo actuado en el procedimiento e inscribir el mismo. A esta cuestión se refirió la Dirección General de los Registros y del Notariado en las Resoluciones de 1 de junio de 2017 y 30 de abril de 2019, que estimaron como salvedad a la regla general aquellos casos en que el registrador que emitió la certificación inicial que permitió iniciar el expediente sea distinto de quien va a practicar la inscripción, pues el juicio sobre la existencia o no de dudas es personal del registrador y no puede vincular a un registrador distinto que se aparte de él por causas justificadas (cfr. Resoluciones de 3 de junio de 2013, 27 de marzo de 2014 y 10 de agosto de 2015). Esto último debe entenderse siempre y cuando no conste que se haya practicado y esté vigente la correspondiente anotación preventiva que advierte el inicio de este procedimiento, ya que dicho asiento se encontraría bajo la salvaguarda de los tribunales, publicando, siquiera de forma provisional, la inmatriculación o nueva descripción pretendida de la finca y con vocación de convertirse en definitiva cuando concluya el procedimiento. Por ello, no podrá el registrador, en tal caso, oponer dudas que pudieran poner en entredicho la anotación practicada. Salvo los supuestos de inmatriculación de fincas, no es defecto que impida la inscripción la aportación de una representación gráfica alternativa al contemplarse expresamente tal posibilidad en la legislación hipotecaria según se ha expuesto en las anteriores consideraciones.

Resolución de 16-7-2020

BOE 5-8-2020

Registro de la Propiedad de Felanitx, número 2.

BASE GRÁFICA GEORREFERENCIADA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

En cuanto al primer defecto, procede su revocación ya que de la descripción de las fincas que figura en el título y de la representación gráfica que se pretende inscribir, resulta evidente que se pretende la agrupación de tres parcelas catastrales colindantes. En la calificación no se cuestiona la correspondencia de las fincas registrales con la representación gráfica aportada ni con las parcelas catastrales cuya correspondencia se afirma en el título. Como señaló la Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr. Resolución de 17 de septiembre de 2002), el hecho de que una finca esté atravesada por ciertos caminos constituye simplemente una descripción de la conformación física actual de la finca, que da lugar a una peculiar descripción de la misma, pero no significa división de ella, pues no se forman nuevas fincas independientes jurídicamente, sino que aquella sigue siendo un único objeto jurídico.

En todo caso, será objeto de calificación por el registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca. Las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria. En caso de dudas de invasión del dominio público resulta, por tanto, esencial la comunicación a la Administración titular del inmueble afectado a efectos de valorar si efectivamente se produce dicha invasión, y tal intervención solo puede producirse durante la tramitación del procedimiento correspondiente.

En el supuesto de este expediente, el registrador deniega la inscripción de la representación gráfica solicitada por el único motivo de existir oposición de titulares colindantes, limitándose a transcribir las alegaciones de los mismos, sin emitir juicio alguno de identidad de la finca. En efecto, en el presente caso la decisión del registrador carece de motivación alguna, pues se limita a poner de manifiesto la existencia de alegaciones, a reproducir su contenido y a transcribir el artículo 199 de la Ley Hipotecaria. Siguiendo doctrina reiterada de esta Dirección General (cfr. «Vistos»), 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.

Resolución de 16-7-2020
BOE 5-8-2020
Registro de la Propiedad de Escalona.

REQUISITOS FISCALES: ACREDITACIÓN.

El artículo 254 de la Ley Hipotecaria es explícito al imponer un veto a cualquier actuación registral si no se cumplen previamente determinadas obligaciones fiscales. Para que se les acredite el pago, exención o no sujeción, los registradores deberán exigir tanto la carta de pago (debidamente sellada), como la nota de justificación, no sujeción o exención que deberán ser emitidas por la Oficina Tributaria competente. Pero tal exigencia de constancia de la intervención de la Administración competente es requerida también por cuanto ha de practicarse un asiento registral: la nota de afección. La documentación deberá reunir los requisitos previstos en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria y deberá ser, por tanto, documentación auténtica que, en cuanto administrativa solo lo será si está expedida por la autoridad o sus agentes. La obligación de acreditación del pago, exención o no sujeción al impuesto conforme a lo anterior, no puede entenderse suplida por la mera constancia en la matriz, a solicitud del interesado o por constancia del notario de haberse producido el pago, sino que deberán acompañarse los documentos de la presentación y pago del impuesto expedidos por la Administración competente que son los únicos acreditativos del cumplimiento de la exigencia del pago del Impuesto correspondiente.

Respecto a la forma de autoliquidación y acreditación del pago del Impuesto de Sucesiones de la Comunidad de Madrid, dado que en el caso de este expediente el sujeto pasivo es una persona física, cabría cualquiera de los dos medios de presentación de autoliquidación (presencial o telemático), y consecuentemente de acreditación del pago, habiéndose efectuado en este supuesto ambos por medios telemáticos. Constan unidas a la escritura sendas diligencias de presentación telemática que constituyen nota de presentación a los efectos de acceso al registro del correspondiente documento. Dichas diligencias incorporan el Código Seguro de Operación, CSO, que acredita la veracidad y autenticidad de la diligencia de presentación telemática, pudiéndose consultar a través de la Oficina Virtual tributaria en el Portal del Contribuyente www.madrid.org., además de las cartas de pago del impuesto a las que se incorporan su correspondiente CSO y el Número Completo de la Comunidad de Madrid (NCCM) justificativo de la aceptación del pago por la entidad colaboradora correspondiente que relaciona la fecha, el importe ingresado y el número de autoliquidación. La comprobación del CSO

correspondiente permitirá al registrador verificar la autenticidad de la liquidación y descargar la carta de pago correspondiente para su archivo, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 256 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 20-7-2020

BOE 5-8-2020

Registro de la Propiedad de Martorell, número 1.

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: ÁMBITO. ANOTACIÓN PREVENTIVA POR DEFECTO SUBSANBLE: NO PROCEDE CUANDO SE HA INTERPUESTO RECURSO.

El convenio regulador, suscrito por los interesados sin intervención en su redacción de un funcionario competente, no deja de ser un documento privado que con el beneplácito de la aprobación judicial obtiene una cualidad específica, que permite su acceso al Registro de la Propiedad, siempre que el mismo no se exceda del contenido que a estos efectos señala el artículo 90 del Código civil, pues hay que partir de la base de que el procedimiento de separación o divorcio no tiene por objeto, en su aspecto patrimonial, la liquidación del conjunto de relaciones patrimoniales que puedan existir entre los cónyuges sino tan solo de aquellas derivadas de la vida en común.

En el presente caso, la registradora no plantea en su calificación cuestión formal alguna, sino que —dado que ya se ha inscrito el dominio a nombre del exmarido— su objeción para la inscripción se concreta en la falta de trascendencia real del pacto contenido en el convenio aprobado judicialmente. Dicho pacto, tal y como se ha expresado, establece únicamente la obligación personal de cesión futura, mediante la correspondiente escritura pública, de una participación indivisa del sesenta por ciento de la finca a la exesposa, pero sin incluir en el propio convenio una cesión en firme de esa participación indivisa en cuestión. Expresadas de esta manera, las cláusulas calificadas no comprenden transmisión alguna de dicha finca, sino que recoge una obligación para la posterior celebración del negocio de cesión en el plazo señalado. Por ello, caracterizada e interpretada la cuestionada cláusula del convenio regulador como meramente obligacional, la misma no puede ser objeto de inscripción en el Registro.

Si el fundamento de esta anotación es el de dar mayor plazo para subsanar defectos, no se entiende qué función puede realizar si el plazo ya está suspendido como consecuencia del recurso. Consecuentemente, no procede practicar anotación por defecto subsanable cuando se halla pendiente de resolución un recurso interpuesto contra la calificación.

Resolución de 20-7-2020

BOE 5-8-2020

Registro de la Propiedad de Pontearreas.

PROPIEDAD HORIZONTAL TUMBADA: LICENCIA.

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.

En el ámbito de la legislación sustantiva gallega resulta exigible licencia a efectos de inscripción cuando la división horizontal de las edificaciones se configure de tal modo que puede suponer un acto equiparado a parcelación o a «otros actos de división» de parcelas o terrenos. No tratándose de supuestos en los que se produzcan asignaciones de uso exclusivo de los elementos comunes de la finca, o de participaciones indivisas que den derecho a la utilización exclusiva de una porción concreta de finca, los cuales se encuentran recogidos en el apartado 2 de este mismo artículo, y que solo son posibles si reúnen las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística, ni dándose los supuestos de excepción previstos en la misma norma transcrita (superficies de la parcela calificadas de dominio público, adscritas a un uso público, etc.), no cabe, en principio, calificar la operación como acto de división, lo que permite excusar la exigencia de licencia municipal para su inscripción en el Registro de la Propiedad. Si la división horizontal se configura de tal modo que puede resultar equiparada a la división material de la finca hasta tal punto que sea incompatible con la unidad jurídica de la misma, a pesar de las estipulaciones de las partes, debe exigirse a efectos registrales la oportuna licencia urbanística, al amparo en este caso del artículo 142.2.f) de la Ley del Suelo de Galicia, que se refiere a «otros actos de división de terrenos en cualquier clase de suelo».

Resolución de 20-7-2020

BOE 5-8-2020

Registro de la Propiedad de Santiago de Compostela, número 1.

PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACIÓN DEL TÍTULO CONSTITUTIVO CON LA NECESARIA INTERVENCIÓN DE LOS LEGATARIOS DE COSA ESPECÍFICA.

Se trata de determinar si la modificación de la división horizontal puede ser realizada por la heredera previamente a la entrega de los legados o, por el contrario, corresponde hacerla a todos los legatarios interesados en la finca registral. Al ordenar varios legados sobre una sola finca, que es un inmueble concreto e identificado, se puede entender que es un legado de cosa específica y determinada, siendo, por tanto, todos los beneficiarios colegatarios de la misma cosa. Como se sostiene por la registradora, es de aplicación la norma contenida en el artículo 882 del Código civil conforme a la cual, cuando el legado es de cosa específica y determinada, los legatarios adquieren su propiedad desde la muerte del testador. En realidad, lo esencial es que la eficacia directa del legado se produce en relación a cualquier cosa o derecho inequívocamente identificados en el patrimonio del testador.

En el presente supuesto, para la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal como consecuencia de la ampliación de elementos y modificación de cuotas, según resulta de los artículos 5 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, se exige la unanimidad de todos los propietarios. Como ya puso de relieve este Centro Directivo en Resolución de 26 de septiembre de 2002, si se tienen en cuenta la propia previsión del artículo 882 del Código civil, sobre el momento de transmisión de la propiedad de la cosa legada en los legados de

bienes específicos y determinados, y que la necesidad de entrega de aquella por los herederos o albacea facultado expresamente (cfr. art. 885 del Código civil), tiene por finalidad esencial salvaguardar los derechos de acreedores y legitimarios y no un interés propio y específico de los herederos distinto del de asegurarse una responsabilidad limitada por las deudas de la herencia (cfr. arts. 1023 y siguientes del Código civil), habrá de concluirse que el otorgamiento del título constitutivo del régimen de propiedad horizontal, o su modificación en el caso del presente recurso, corresponderá no solo a la heredera sino también a las propias legatarias, lo cual, además, es plenamente coherente con una adecuada valoración de los intereses concurrentes (los de las legatarias —por las distintas viviendas y el local legados— con los de la heredera —los restantes elementos de la división horizontal—, pues a todos ellos concierne y afecta la modificación de la propiedad horizontal con modificación de las cuotas que en el total edificio corresponden a los bienes que han sido legados.

Resolución de 20-7-2020
BOE 5-8-2020
Registro de la Propiedad de Castuera.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE.

Debe tenerse en cuenta que, como el mismo recurrente reconoce en su escrito de impugnación, el motivo por el que, según dicha calificación, no se practicó la inscripción fue el hecho de no estar inscrito aún el antetítulo (la escritura de herencia otorgada el 12 de febrero de 2012 mediante la cual la vendedora había adquirido el inmueble objeto de la compraventa) por haber sido calificada negativamente. Por ello, mientras duró la vigencia de ese asiento de presentación anterior hasta que fue subsanado, lo procedente fue aplazar o suspender la calificación de dicho documento mientras no se despachara el título previamente presentado, como resulta implícitamente de lo dispuesto en los artículos 111, párrafo tercero, y 432.2.º del Reglamento Hipotecario al regular las prórrogas del asiento de presentación. Este criterio se encuentra confirmado en el artículo 18.2 de la Ley Hipotecaria.

De los artículos 31 y 25.7, i.i., de la Ley de Arrendamientos Urbanos resulta inequívocamente que no hay lugar a los derechos de tanteo o retracto cuando el local arrendado se vende conjuntamente con los restantes locales o viviendas propiedad del arrendador que formen parte de un mismo inmueble. La contundencia de estas normas ha sido reconocida por la jurisprudencia.

Resolución de 20-7-2020
BOE 5-8-2020
Registro de la Propiedad de Valencia, número 17.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 671 LEC.

Mediante un decreto de adjudicación dictado en procedimiento de ejecución hipotecaria en el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Torrent el ejecutante se adjudica la finca, que es la vivienda habitual del deudor, por el 60% de su

valor de tasación al ser el importe de la deuda inferior al 70% y sin que quede sobrante ni se extinga totalmente el importe de la deuda.

Las exigencias constitucionales derivadas del principio de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos y de exclusión de la indefensión (cfr. art. 24 de la Constitución Española), que tiene su específica aplicación en el ámbito registral en el criterio de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. art. 1 LH), determinará la supeditación de la inscripción de las resoluciones judiciales firmes, a la previa comprobación de los extremos aludidos en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario. Entre esos aspectos sujetos a calificación se encuentra la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado. Es evidente que la privación de la titularidad de una finca como consecuencia de la ejecución de la hipoteca que la grava, solo puede llevarse a cabo por los trámites de alguno de los procedimientos regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley Hipotecaria. Dicho procedimiento solo será reconocible si se respetan una serie de garantías básicas que impiden la indefensión del demandado que va a terminar perdiendo la propiedad del bien objeto de ejecución. Entre esas garantías fundamentales está la de que la adjudicación, en caso de que la subasta quede desierta, se haga al ejecutante por una cantidad que respete unos porcentajes mínimos del valor de tasación de la finca hipotecada. Si dichos límites no se respetan, no puede sostenerse que se ha seguido un procedimiento adecuado para provocar el sacrificio patrimonial del ejecutado, y el registrador debe, incluso con más rigor que en el procedimiento ejecutivo ordinario, rechazar el acceso al Registro de la adjudicación.

Saber el importe en que se ha verificado esa adjudicación, y que dicho importe es el correcto, de acuerdo con los artículos 670 y 671 de la Ley Enjuiciamiento Civil, es determinante no solo en protección de los intereses del deudor y del hipotecante no deudor, sino también es un dato relevante en aras de proteger los legítimos intereses de los terceros poseedores posteriores, así como de los titulares de otros derechos, cargas o embargos, puesto que cuanto mayor sea el importe de la adjudicación, mayores son sus expectativas a la consignación de un importe sobrante en su beneficio, que como expresamente determina el apartado 4.º del artículo 132 de la Ley Hipotecaria ha de ser calificado por el registrador.

La interpretación literal del artículo 671 LEC presenta graves dificultades, por lo que procede realizar una interpretación siguiendo los criterios hermenéuticos marcados por el artículo 3 del Código civil. Para ello se hace preciso analizar los antecedentes legislativos del citado artículo y examinar los preceptos relativos a la adjudicación de bienes en procedimientos de ejecución. Para resolver dichas dudas interpretativas, es preciso examinar los preceptos relativos a la adjudicación de bienes en procedimientos de ejecución. La existencia de un tope en la adjudicación es la regla general. Lo que entiende esta Dirección General es que la interpretación literal del artículo 671 sin limitación alguna, implica que cuanto inferior sea la cantidad debida, o lo que es lo mismo, cuanto mayor haya sido el cumplimiento del deudor de sus obligaciones, más penalizado se verá, ya que el ejecutante podrá hacer suya la finca por la cantidad debida por todos los conceptos por irrisoria que esta sea.

Este efecto distorsionador de equilibrio entre los intereses del ejecutante encaminados a obtener la satisfacción de su crédito y los del ejecutado, satisfacer la deuda sin más quebranto patrimonial que el valor de lo debido, que debe presidir el procedimiento de apremio y al que sin duda ha querido contribuir el legislador, se ve aquí alterado, y es por ello que en base a los principios generales de interpretación de normas jurídicas recogido en el artículo 3 del Código civil

parece que la interpretación del artículo 671 no puede ser la puramente literal, ya que puede producir un resultado distorsionado.

Conforme a la interpretación ponderada que este Centro Directivo hace del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, («si se tratara de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por la cantidad que se le deba al ejecutante por todos los conceptos, con el límite mínimo del 60 por cien del valor de subasta») procede desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación registral.

Resolución de 20-7-2020

BOE 5-8-2020

Registro de la Propiedad de Alicante, número 3.

ANOTACIONES PREVENTIVAS: *NUMERUS CLAUSUS*

Se debate en este recurso si es posible practicar en el Registro una anotación preventiva acordada por demandante y demandado en un convenio o transacción suscrito entre ellos y homologado judicialmente por medio de auto, en un procedimiento en el que la parte demandante ejercitaba una pretensión de cumplimiento o resolución de un contrato de solar por obra nueva futura, indemnización de daños y perjuicios y reclamación de cantidad, procedimiento que se declara terminado por el mismo auto que homologa la transacción entre las partes y precisamente al haber llegado estas a dicho acuerdo.

Tal como señala la registradora en su nota de calificación, la anotación preventiva que se ordena practicar no encaja en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 42 de la Ley Hipotecaria ni en ninguna otra norma. Esta Dirección General ha declarado reiteradamente que no es posible la anotación de demanda derivada de un procedimiento que tenga por objeto una reclamación de cantidad. Cuando lo que se pretende es afectar una finca al pago de una cantidad lo procedente es una anotación de embargo si se dan los requisitos para ello. Y en el supuesto de hecho de este expediente, no se ha acordado embargo alguno.

En segundo lugar, no es de aplicación la anotación preventiva de demanda a este caso porque el procedimiento ha finalizado por medio del mismo auto que homologa la transacción judicial, por lo que ya no cabe anotar la demanda en el mismo, ya que la anotación preventiva de la demanda es una medida cautelar a adoptar en el procedimiento.

Tampoco es de aplicación a este caso el número segundo del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, pues en el procedimiento, ya acabado, no se ha acordado el embargo de la finca ni se ordena la anotación preventiva de ningún embargo mediante el mandamiento correspondiente.

En cuanto al número cuarto del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, tampoco se ha acordado en este caso por el juez el secuestro o la prohibición de enajenación de la finca en cuestión, por lo que tampoco encaja en el supuesto de dicho número. Y a ello debemos añadir lo antes señalado para la anotación preventiva de la demanda, que de acuerdo con el artículo 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tal secuestro o prohibición se acordaría como medida cautelar en el procedimiento, para asegurar el buen fin del mismo, y no es posible adoptarla una vez ha finalizado el procedimiento como ha ocurrido en este caso.

En virtud de lo dispuesto en este artículo 42.10.º de la Ley Hipotecaria, esta Dirección General ha sostenido en materia de anotaciones preventivas el criterio del «*numerus clausus*», es decir, que no pueden practicarse otras anotaciones preventivas que las que prevé expresamente la ley, lo cual constituye uno de los principios tradicionales en materia de anotaciones preventivas.

Parece que podría haber sido la voluntad de las partes constituir una garantía real sobre la finca para asegurar el pago de las obligaciones contraídas por la parte demandada en la transacción judicial, pero no se constituye dicha garantía real, ya que no puede considerarse como tal una anotación preventiva no prevista por la Ley. Todo ello sin entrar a valorar la forma documental que sería exigible para ello, pues como se ha dicho no se constituye ningún derecho real de garantía previsto por las leyes o que reúna los requisitos exigidos para los mismos en el convenio transaccional.

Resolución de 20-7-2020

BOE 5-8-2020

Registro de la Propiedad de Alicante, número 5.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 671 LEC.

Respecto a la competencia del registrador para calificar los documentos judiciales, es criterio de este Centro Directivo que los registradores tienen el deber de colaborar con jueces y tribunales en su labor de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y de cumplir sus resoluciones firmes (cfr. art. 118 de la Constitución Española), pero no por ello ha de quedar excluida la calificación registral de aquellas que pretendan su acceso al Registro. Las exigencias constitucionales derivadas del principio de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos y de exclusión de la indefensión (cfr. art. 24 de la Constitución Española), que tiene su específica aplicación en el ámbito registral en el criterio de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. art. 1 LH), determinará la supeditación de la inscripción de las resoluciones judiciales firmes, a la previa comprobación de los extremos aludidos en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario. Dicho procedimiento solo será reconocible si se respetan una serie de garantías básicas que impiden la indefensión del demandado que va a terminar perdiendo la propiedad del bien objeto de ejecución. Entre esas garantías fundamentales está la de que la adjudicación, en caso de que la subasta quede desierta, se haga al ejecutante por una cantidad que respete unos porcentajes mínimos del valor de tasación de la finca hipotecada. Si dichos límites no se respetan, no puede sostenerse que se ha seguido un procedimiento adecuado para provocar el sacrificio patrimonial del ejecutado, y el registrador debe, incluso con más rigor que en el procedimiento ejecutivo ordinario, rechazar el acceso al Registro de la adjudicación.

Tratándose de inmuebles que no constituyan la vivienda habitual, la interpretación literal del artículo 671 LEC conduce a que el acreedor puede adjudicarse por el 50% del valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, sin que exista ningún suelo en este importe de adjudicación.

Es posible que el letrado de la Administración de Justicia, en una valoración ponderada, entienda que procede la adjudicación por menos del 50% del valor de tasación. Pero también puede ocurrir que el propio letrado de la Administración de Justicia considere que al igual que ocurre con los bienes muebles (30%), o

con la vivienda habitual (60%), pueda existir una interpretación que considere la existencia de un suelo (50%) en la adjudicación de inmuebles que no constituyan vivienda habitual. En otras palabras, puede ser que el letrado de la Administración de Justicia interprete que cuando el artículo 671 admite «la adjudicación por el 50 por cien del valor por el que el bien hubiera salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos», está indicando que, si la deuda por todos los conceptos es superior al 50%, la adjudicación debe realizarse por el importe de esa deuda, mientras que si es inferior debe realizarse por el 50%, y no lo contrario (que si la deuda pendiente es superior al 50 por ciento, la adjudicación se puede realizar por el 50%, y si la deuda es inferior se puede realizar por el importe de la deuda). Ambas interpretaciones caben dentro del tenor literal del artículo 671, y la primera puede parecer la más correcta, de acuerdo con lo antes indicado. En cualquier caso, no es competencia del registrador revisar la interpretación que en este punto haya realizado el letrado de la Administración de Justicia, pero sí comprobar que se haya producido el pronunciamiento expreso de este sobre dicha interpretación, mediante la resolución expresa prevista en el artículo 670.4 que dictará a la vista de las circunstancias del caso, especialmente las enumeradas en dicha norma.

Resolución de 27-7-2020

BOE 6-8-2020

Registro de la Propiedad de Oviedo, número 4.

HIPOTECA: DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER DE CONSUMIDOR DEL PRESTATARIO A LOS EFECTOS DE LA LEY 5/2019.

Respecto al ámbito de aplicación de la Ley 5/2019 se desprende que en el supuesto de los préstamos concedidos por una entidad de crédito o acreedor profesional a una persona física consumidora que actúe en concepto de prestataria, fiadora o garante, cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, la Ley 5/2019 será aplicable con independencia de que su destino sea o no residencial, y con independencia de que estén o no garantizados, en el caso de garantía hipotecaria con un inmueble no residencial.

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr., entre las más recientes, la Sentencia del Tribunal Supremo número 230/2019, de 11 de abril de 2019), ello implica que el concepto de consumidor, una vez abandonado el criterio del destino final de los bienes o servicios que se recogía en la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, se determine por el criterio de la celebración del contrato en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional del interviniente, en este caso los prestatarios, es decir, con el objetivo de satisfacer necesidades de ámbito privado o personal. Por el contrario, no será consumidor quien, ya se trate de persona física o jurídica, interviene en el ámbito propio de su actividad empresarial o profesional, caracterizada por la habitualidad, y ya tenga el negocio celebrado una relación directa o indirecta con dicha actividad. La STJUE de 14 de febrero de 2019, C-630/17 (asunto Anica Milivojevic v. Raiffeisenbank St. Stefan Jagerberg-Wolfsberg eGen), ha señalado que el concepto de “consumidor” [...] debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona,

dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras.

En el caso examinado, la calificación registral no cuestiona si los prestatarios e hipotecantes son o no consumidores, ni si actúan o no en el ámbito de su actividad comercial o empresarial; sino que, al no resultar dichos extremos de la escritura, deben ser objeto de aclaración, pues, de tratarse de consumidores, sería aplicable la Ley 5/2019 y deberían efectuarse las necesarias modificaciones en la escritura de préstamo hipotecario para cumplir tanto determinadas normas sustantivas de dicha Ley como los requisitos de transparencia material. Por su parte, el notario recurrente sostiene que la subrogación de los prestatarios en la posición de arrendadores formalizada el mismo día en la escritura de compraventa de los locales agrupados comporta por sí sola la exclusión de la condición de consumidores de los adquirentes prestatarios.

En el ámbito civil y de consumo se ha de estar no a los conceptos fiscales de empresario o profesional sino a los conceptos de la normativa sobre consumidores. Y, en este ámbito, el artículo 3 de la Ley 1/2007 General de Defensa de Consumidores y Usuarios. Aunque normalmente el notario puede carecer de suficientes elementos de juicio de carácter objetivo para apreciar si se trata o no de un consumidor, es necesario que en cumplimiento de su deber de velar por la adecuación a la legalidad de los actos y negocios que autoriza (cfr. art. 17 bis de la Ley del Notariado), 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 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 prestamista. En lo que respecta a la constatación de la condición de no consumidor a los efectos de calificación en el préstamo hipotecario objeto de este recurso, como se ha señalado anteriormente, tal condición es de carácter fáctico e incluso intencional si la adquisición del local que es objeto de financiación se realiza para el ejercicio futuro de tales actividades, por lo que, en línea con las Sentencias del Tribunal de Justicia 25 de enero de 2018, C-498/16 (asunto Schrems), y 4 de febrero de 2019, C-630/17 (asunto Milicojevic); «lo cierto es que en la situación legislativa actual esas especificaciones no son exigibles, siendo suficiente con la manifestación del prestatario en sentido de no actuar como consumidor». Por ello, debe entenderse necesaria la manifestación de las partes sobre la concurrencia o no del carácter de consumidor del prestatario.

En conclusión, dado que, según el artículo 2.1.b) de la Ley 5/2019 se establece como presupuesto de la aplicación de la misma que, tratándose hipoteca de inmueble no residencial, los prestatarios personas físicas tengan la condición de consumidores, y habida cuenta de la trascendencia de tal presupuesto a la hora de apreciar si se han cumplido las normas pro consumidor de dicha Ley, debe concluirse que es necesario que en la escritura se haga constar si los prestatarios actúan o no como consumidores. En consecuencia, circunstancias tales como la falta de depósito del modelo de préstamo suscrito (art. 7 Ley 5/2019) o la omisión de la información precontractual o del acta notarial de transparencia (arts.14 y 15 Ley 5/2019) a que antes se ha aludido, cuando fueran procedentes, impiden la inscripción de la escritura de préstamo hipotecario en su conjunto, sin que proceda inscripción parcial alguna, en caso de que ello fuere posible (ver resolución de 20 de junio de 2016, y de 19 de mayo de 2017), ya que la deficiencia informativa afecta a todas las cláusulas contractuales.

En conclusión, en el presente supuesto, en caso de tener finalmente los prestatarios la condición de consumidores, como en el supuesto de la Resolución de 19 de mayo de 2017, en el cual tampoco se habían cumplido los deberes de información y transparencia material establecidos en la Ley 2/2009, se entiende que ninguna cláusula ha sido incorporada al contrato y que este, en consecuencia deviene ineficaz por incumplimiento de los requisitos ineludibles del proceso de contratación de hipotecas en garantía de préstamos sujetos a la Ley 5/2019 a que se refiere la resolución de 27 de julio de 2020. Pero debe admitirse que el déficit de transparencia material sea enmendada en una nueva escritura en la que los deudores, después de ser advertidos expresa y especialmente por el notario autorizante sobre la no vinculación de las cláusulas no transparentes, decidan confirmar la subsistencia del contrato con sujeción a la Ley 5/2019, con aplicación de las normas sobre transparencia material establecidas en ella, sin necesidad de restitución de las prestaciones si los consumidores prestan su consentimiento informado sobre tal extremo en caso de que consideren más ventajosa esta posibilidad.

Resolución de 27-7-2020

BOE 6-8-2020

Registro de la Propiedad de Albocàsser-Morella.

HIPOTECA: APLICACIÓN DE LA LEY 5/2019 A LAS HIPOTECAS EN FAVOR DE SOCIEDADES DE GARANTÍA RECÍPROCA.

La única cuestión que se plantea en el presente recurso es si los requisitos establecidos en la Ley 5/2019 de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (entre ellos el acta notarial de comprobación de la transparencia material) son aplicables al supuesto de una hipoteca constituida en garantía aval concedido por una Sociedad de Garantía Recíproca, que grava un inmueble de uso residencial perteneciente a un hipotecante que es una persona física; siendo que ese aval se otorgó en garantía, a su vez, de un préstamo concedido por una entidad de crédito a una sociedad de capital con una finalidad exclusivamente mercantil, de cuya sociedad es socio el hipotecante.

Las sociedades de garantía recíproca son entidades financieras para cuyo registro, control e inspección es competencia del Banco de España, sin ánimo de lucro y ámbito de actuación específico (por autonomías o sectores), y cuyo objeto principal es procurar el acceso al crédito de las pequeñas y medianas empresas, y mejorar sus condiciones de financiación, a través de la prestación de avales ante las entidades financieras. Resulta claro que una sociedad de garantía recíproca ni es una entidad de crédito (tampoco un establecimiento financiero de crédito), ni puede conceder créditos; razón por la que no quedaría, sin más, sujeta a la aplicación de la Ley 5/2019, pues no puede entenderse incluida en el ámbito subjetivo de esta, como posteriormente se indicará. Este Centro Directivo ha entendido que las sociedades de garantía recíproca no se encuentran incluidas entre las entidades financieras a las que se refiere el artículo 153 bis a) de la Ley Hipotecaria.

No figuran en el expediente ni la póliza de préstamo que constituye la obligación subyacente, ni la póliza de aval, cuyo saldo se garantiza con la hipoteca, no obstante lo cual, de la escritura de constitución de hipoteca resulta que la obligación garantizada con la misma es el afianzamiento concedido por la Socie-

dad de Garantía Recíproca de la Comunitat Valenciana, renunciado expresamente a los beneficios de división, orden y excusión, a su socio partícipe «Throne of House SL» frente al Institut Valencià de Finances (IVF), en garantía de todas las obligaciones dimanantes del préstamo concedido a aquel por esta última entidad.

A la posible aplicación de la Ley 5/2019 a las sociedades de garantía recíproca también se ha referido este Centro en la Instrucción de 20 de diciembre de 2019, sobre la actuación notarial y registral ante diversas dudas en aplicación de dicha Ley. Según estas consideraciones serán determinantes para la aplicación de la Ley 5/2019 analizar cada caso concreto, bajo la premisa de que habrá de tratarse supuestos en que personas físicas constituyan la garantía en favor de determinada sociedad de garantía recíproca, por lo que en el presente caso debe trasladarse dicho examen a la escritura de hipoteca, no a la operación crediticia avalada por tal sociedad que se documentó en póliza. Ahora bien, en este concreto caso, la hipoteca únicamente constituye una superposición de garantía, pues tiene por objeto reforzar la contragarantía (aval documentado en póliza) que prestaron el deudor y sus avalistas (también hipotecantes).

Si, como sostiene el registrador en la calificación impugnada, se aplican las consideraciones expresadas en el apartado anterior a la hipoteca, aunque no al aval que con la misma se pretende garantizar, debería concluirse que dicha hipoteca debe ajustarse a lo establecido por la Ley 5/2019 en materia de acta notarial previa, vencimiento anticipado, intereses de demora, y gastos. Lo que ocurre es que, en el presente caso, la operación crediticia subyacente consiste en un préstamo, con finalidad inversora, y su contragarantía en favor de la sociedad de garantía recíproca que ha avalado aquel. Esta avalista, según resulta del expediente de este recurso, no ha desplegado, ni intermediado, actividad crediticia alguna; ni siquiera dentro de la amplitud conceptual que emplea el citado artículo 4 de la Ley 5/2019, por lo que ni entraría en el ámbito de aplicación de la misma, ni requeriría la previa formalización del acta notarial de cumplimiento del principio de transparencia material. Por consiguiente, cuando un préstamo personal quede bajo la aplicación de la Ley 5/2019, la entidad financiera habrá de cumplir todas las obligaciones informativas, en materia de transparencia, de limitaciones en su clausulado, análisis de solvencia, etc., que se establecen en la misma. Por el contrario, no parece obligado en tal supuesto el otorgamiento del acta previa informativa ante el notario, según se desprende con claridad del tenor literal de la norma. El artículo 15, en su segundo párrafo, dispone que todo ello se hará constar «en un acta notarial previa a la formalización del préstamo hipotecario», lo que limita el ámbito de dicha acta a las operaciones de préstamo hipotecario.

Y siendo la hipoteca constituida —como ya se ha indicado— de superposición de garantía, dados los términos en que se concertó y a la vista de la citada Instrucción, no puede entenderse incluida en el ámbito de la Ley de 5/2019, pues ni se ha obligado la sociedad de garantía recíproca a menos que el deudor principal, ni ha concedido facilidades crediticias al socio, y por ello carece de fundamento la exigencia contenida en la calificación impugnada. Si en el contrato de contragarantía, al regular la cuenta especial que se abre normalmente en este tipo de contratos para anotar las cantidades adeudadas por el beneficiario del aval, se convinieran aplazamientos o facilidades de pago, le sería plenamente aplicable la Ley 5/2019, pues se trataría de una hipoteca en garantía de préstamo, en los términos que el concepto de préstamo se define por dicha Ley; pero si no se ha previsto dicho aplazamiento, sino que en la cuenta se anotan cantidades en calidad de vencidas, líquidas y exigibles, no podrá calificarse de préstamo,

debiendo por tanto quedar su hipoteca fuera del ámbito de aplicación de la Ley, como ocurre en el presente supuesto.

Resolución de 27-7-2020
BOE 6-8-2020
Registro de la Propiedad de Celanova.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Este Centro Directivo ha reiterado (cfr., por todas, las Resoluciones de 2 de febrero de 2005, 19 de diciembre de 2006, 19 de junio de 2010, 23 de agosto de 2011 y 5 y 20 de febrero y 27 de marzo de 2015), que 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.

Esta Dirección General ha declarado en diversas ocasiones (cfr., entre otras, las Resoluciones de 5 de mayo de 1978, 6 de noviembre de 1980, 10 de septiembre de 2004, 13 de septiembre de 2005, 19 de junio de 2010, 7 de marzo, 24 de junio, 23 de agosto y 15 de octubre de 2011 y 29 de febrero de 2012) que cuando la rectificación se refiere a hechos susceptibles de ser probados de un modo absoluto con documentos fehacientes y auténticos, independientes por su naturaleza de la voluntad de los interesados, no es necesaria la aplicación del artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria, pues bastará para llevar a cabo la subsanación tabular la mera petición de la parte interesada acompañada de los documentos que aclaren y acrediten el error padecido.

En el supuesto que da lugar a la presente, del escrito de solicitud de rectificación resulta que el recurrente considera que se ha producido un error de concepto al practicar la inscripción. A su juicio, del título que provocó las respectivas inscripciones se desprende que la cuota indivisa adquirida por la recurrente en la finca tenía carácter privativo suyo, por lo que las inscripciones debieran haberse practicado en tal sentido. Sin embargo, de la doctrina expuesta en las consideraciones anteriores resulta que no concurre causa alguna que justifique la rectificación del contenido del Registro.

Resolución de 27-7-2020
BOE 6-8-2020
Registro de la Propiedad de Albaida.

HIPOTECA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD DE UNA HIPOTECA DEL 153 DE LA LEY HIPOTECARIA.

Como cuestión previa debe examinarse si el recurso debe ser admitido a trámite dado que el mismo ha sido presentado por una persona (don C.T.M.) en representación del presentante del documento calificado (doña A.G.C.), el cual, a su vez, manifiesta representar del titular registral de la finca hipotecada (don L.G.C.), sin que se aporten los correspondientes poderes de representación. A este respecto por el Registro de la Propiedad de Albaida se ha requerido al recurrente

para que se acredite de forma auténtica dicha representación en el plazo de 10 días conforme a lo prevenido en el artículo 325 de la Ley Hipotecaria, sin que tal acreditación haya tenido lugar, en este expediente, en el escrito de requerimiento realizado por el Registro de la Propiedad no consta el apercibimiento expreso de tenerle por desistido en caso de no subsanar el defecto, por lo que para evitar la indefensión del recurrente y en aras de la economía procesal, entiende esta Dirección General que procede manifestarse sobre el fondo del asunto debatido en este recurso. A esta circunstancia hay que añadir que el escrito de recurso, si bien no tiene la firma legitimada notarialmente, se encuentra firmado por el titular registral de la finca hipotecada, aunque fuera presentado en el Registro por otra persona.

De los términos dimanantes de la escritura de préstamo hipotecario anteriormente expuestos, se concluye que la hipoteca de que se trata tiene la naturaleza de «máximo flotante» y, en consecuencia, el asiento registral de derecho real de hipoteca es susceptible de cancelación de caducidad al transcurrir el plazo convenido. El artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria eleva el plazo de duración de la hipoteca flotante, cualquiera que fuere el número, clase o naturaleza de las obligaciones garantizadas ya que no distingue a este respecto, al carácter de requisito estructural o de constitución de la misma, de tal manera que sin el mismo no se podrá inscribir la hipoteca. La consecuencia jurídica más importante de la fijación de este plazo, propio de duración de la hipoteca flotante o global, es que, como queda señalado, su duración no vendrá determinada, por accesoriamente, por el plazo de la obligación única garantizada, a partir del cual empezaría a operar la prescripción de la acción ejecutiva hipotecaria o la caducidad del derecho real de hipoteca —artículos 128 y 82-5 de la Ley Hipotecaria—, no pudiéndose cancelar la hipoteca hasta el transcurso de esos segundos plazos. En consecuencia, al tratarse de una hipoteca flotante aquella que se pretende cancelar por caducidad, deben rechazarse los argumentos de la nota de calificación recurrida de exigir escritura pública y consentimiento del acreedor hipotecario inscrito, *ex* artículos 3, 17 y 20 de la Ley Hipotecaria, considerándose, como regla, suficiente la solicitud de cancelación en instancia privada firmada por el titular registral del dominio o cualquier derecho sobre la finca gravada.

Debe analizarse la repercusión que puede tener en el supuesto objeto de este expediente la interrupción del plazo de caducidad por el ejercicio de la acción hipotecaria, reflejada en el Registro de la Propiedad por la nota marginal de expedición de la certificación de dominio y cargas a efectos de la ejecución e interrupción del plazo, practicada el día 31 de octubre de 2018, y cancelada el día 16 de enero de 2020. El efecto de la constancia registral de la cancelación de la referida nota marginal produce el efecto de permitir operar automáticamente las consecuencias que respecto de la caducidad de la inscripción de la hipoteca se hubieren pactado, es decir, la de permitir solicitar inmediatamente esa cancelación por caducidad de la inscripción, salvo que se hubieren previsto prórrogas al plazo de duración de la hipoteca, en cuyo caso deberá estarse a lo que se hubiere convenido al respecto, en este caso la necesidad de acreditar que tales prórrogas no han tenido lugar porque alguna de las partes ha notificado notarialmente a la otra su voluntad en contra de la prórroga con al menos sesenta días antes del vencimiento de cada periodo anual.

Si bien es admisible que el derecho real de hipoteca se constituya por una duración determinada (ver arts. 513.2, 529, 546.4 y 1843.3 CC), y consiguientemente sea posible la cancelación de la inscripción de hipoteca por caducidad, dicha cancelación ha de sujetarse a lo que, además del transcurso del plazo,

hubieran eventualmente convenido las partes. Por ello, pactado en la escritura de constitución de la hipoteca que esta podría cancelarse transcurrido un determinado plazo, pero siempre que el hipotecante otorgase acta notarial previa notificación al acreedor (con el fin de que este pudiera oponerse a la cancelación, en el supuesto de la resolución), no basta para obtener la cancelación con que así lo solicite el hipotecante, mediante instancia, una vez transcurrido el plazo pactado, sino que deberá aquel ajustarse a lo pactado al tiempo de constituir la hipoteca y acompañar la citada acta de notificación. En consecuencia, en el supuesto que nos ocupa, al no haberse presentado en su momento el acta de notificación y cancelación de la hipoteca, para poder proceder ahora a la cancelación solicitada será necesario bien el consentimiento expreso del titular registral en el momento en que se pretenda, bien sentencia firme dictada en procedimiento judicial en el que haya sido parte dicho titular registral (art. 82.1 LH), o bien, en este supuesto concreto, una nueva acta de notificación dirigida a la mercantil titular registral de la hipoteca y referida al siguiente período anual de prórroga.

Resolución de 28-7-2020

BOE 6-8-2020

Registro de la Propiedad de Madrid, número 11.

PROPIEDAD HORIZONTAL: LICENCIA PARA SU CONSTITUCIÓN Y POSIBILIDAD DE INSCRIBIR ACREDITANDO SU ANTIGÜEDAD.

Conforme a la Instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 28 de mayo de 2020: «(...) Sexto. Si la calificación negativa hubiese sido notificada al interesado antes de la entrada en vigor del estado de alarma, los plazos para solicitar calificación sustitutoria o para interponer recurso ante esta Dirección General, previstos respectivamente, en los artículos 19 bis párrafo 4.º regla 1.ª, 326 párrafo 2.º de la Ley Hipotecaria, que hubiesen quedado suspendidos por aplicación de lo establecido en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se reanudarán a partir del 1 de junio de 2020. Séptimo. Si la calificación negativa hubiese sido notificada al interesado durante el estado de alarma, los plazos para solicitar la calificación sustitutoria y para interponer recurso ante esta Dirección General, de conformidad con lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 19 bis párrafo 4.º regla 1.ª y 326 párrafo 2.º de la Ley Hipotecaria, se computarán a partir del 1 de junio de 2020 (...). Por lo que en el presente expediente el recurso se interpone dentro de plazo.

Respecto a la segunda cuestión, como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo (*vid.*, por todas, Resoluciones de 23 de diciembre de 2010 y 7 de marzo de 2019), en la tramitación del expediente de recurso no pueden ser tomados en consideración documentos no calificados por el registrador o situaciones de hecho que no resultan acreditadas al registrador en la forma determinada por el ordenamiento y de las que el mismo no puede tomar conocimiento.

Corresponde al Estado fijar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia para que el acto en cuestión tenga acceso al Registro, siempre que la legislación autonómica aplicable exija la licencia para poder realizar legalmente el mismo. Y en el contexto de esta competencia hay que situar el artículo 53, letra a), del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística. En los supuestos de división o segregación de fincas (con el concepto legal visto), de acuerdo con

el artículo 26.1 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, la exigencia de licencia o autorización administrativa vendrá determinada por la Ley aplicable; tratándose de complejos inmobiliarios del artículo 26.6 del citado Real Decreto Legislativo 7/2015, así como en los supuestos regulados en el artículo 10 de la Ley sobre propiedad horizontal, la exigencia de autorización administrativa viene impuesta por la legislación del Estado, como se deduce de la disposición final decimonovena de la Ley 8/2013 y la disposición final segunda del Real Decreto Legislativo 7/2015. La norma sustantiva aplicable, en este caso, el artículo 151 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid. Desde la perspectiva del artículo 10 de la Ley sobre propiedad horizontal, aplicable por ser legislación del Estado, debe entenderse, que proporciona plena cobertura legal al artículo 53 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.

En definitiva, reiterando el criterio seguido en la Resolución de 3 de junio de 2019, como regla general: a) no se precisará la aportación de licencia para la propiedad horizontal, cuando la misma se ajuste a la licencia de obras que autorice la construcción de las edificaciones (Resolución de 13 de julio de 2015); b) tampoco se precisa la aportación de licencia de la propiedad horizontal cuando la misma no provoque un incremento de elementos privativos respecto de los que consten en la previa declaración de la obra nueva, y c) este Centro Directivo ha sostenido la aplicación análoga, aunque con matices, del artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo, a aquellos supuestos en que ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes.

La cuestión en el presente expediente se centra en si se considera suficiente la prueba de antigüedad aportada en este caso, para considerar transcurrido, a efectos registrales, el plazo establecido por la legislación madrileña para la prescripción de la acción de restablecimiento de legalidad urbanística, plazo de 4 años, conforme tiene establecido en la actualidad la vigente Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, Ley 9/2001, en su artículo 195, apartado primero. Debe entenderse que el criterio de inexigibilidad de licencia a efectos registrales para la configuración independiente de los distintos elementos edificatorios de un edificio, cuando suponga un incremento respecto a los que consten en la declaración de obra nueva, debe pasar por una cumplida acreditación de la descripción de los mismos y su antigüedad, pues de otro modo sería fácilmente eludible el requisito de autorización impuesta por la normativa urbanística.

Los antecedentes físico-económicos de un inmueble son datos a los que el registrador puede acceder directamente a través de la Sede Electrónica del Catastro, y los mismos pueden ser tenidos en cuenta por el registrador atendiendo al contenido del negocio jurídico formalizado —cfr Resolución de 27 de marzo de 2019—. si la configuración constructiva independiente y uso de los distintos elementos consta reflejada en la información catastral y es posible también acreditar su antigüedad en tal configuración, se estiman cumplidos los requisitos previstos en el artículo 28.4 de la Ley de Suelo para su acceso registral independiente por división horizontal en el ámbito de una legislación urbanística que no exige licencia para este acto jurídico —cfr. Resolución de 10 de septiembre de 2018—. En el presente supuesto, de la certificación catastral incorporada resulta acreditada la configuración independiente y descripción de cada uno de los elementos constructivos, mas no con el suficiente detalle su antigüedad en esa configuración.

Resolución de 28-7-2020

BOE 6-8-2020

Registro de la Propiedad de Málaga, número 1.

HIPOTECA: INDICACIÓN DE LA DIRECCIÓN DE CORREO ELECTRÓNICO DEL HIPOTECANTE NO DEUDOR.

Mediante la constancia de la dirección de correo electrónico del prestatario en la escritura según la disposición adicional octava de la Ley 5/2019 se pretende facilitar que el notario autorizante de la misma pueda cumplir su obligación de remitirle telemáticamente sin coste copia simple de aquella, y posibilitar que los registradores de la propiedad remitan también gratuitamente y de forma telemática al prestatario nota simple literal de la inscripción practicada y de la nota de despacho y calificación, con indicación de las cláusulas no inscritas y con la motivación de su respectiva suspensión o denegación.

Este Centro Directivo en su Instrucción de 20 de diciembre de 2019, sobre la actuación notarial y registral ante diversas dudas en la aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en la cual añadió que «por ello, la indicación de la dirección de correo electrónico, que la ley impone con carácter obligatorio al notario (disposición adicional octava) y que tiene una clara importancia para el prestatario o garante, en la medida en que permitirá la recepción por los mismos de la información concreta sobre los términos en que ha quedado constituida la garantía hipotecaria, se convierte en un requisito para la inscripción registral de la escritura».

Resolución de 28-7-2020

BOE 6-8-2020

Registro de la Propiedad de Oliva.

HERENCIA: SUCESIÓN DE UN CAUSANTE EXTRANJERO.

Este Centro Directivo, para las herencias causadas antes de la aplicación del Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, consideró especialmente relevante la «vis atractiva» de la ley nacional del causante y por ello entendió que debía aportarse el justificante o certificado del registro extranjero que recogiera los títulos sucesorios otorgados por el causante o bien la acreditación de que, conforme al derecho material aplicable a la sucesión, no existe tal sistema de registro (*vid.* Resoluciones de 28 de julio de 2016 y 11 de enero y 2 de febrero de 2017, todas ellas con base en las anteriores de 1 de julio y 13 de octubre de 2015).

La ley española es la competente para determinar los requisitos necesarios para la inscripción de bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad. Así lo reconoce expresamente el Reglamento (UE) núm. 650/2012, de 4 de julio, conocido como Reglamento Europeo de Sucesiones, en su artículo 1.2 al excluir de su regulación: «(...) l) cualquier inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro, incluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos, y los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo».

En Resolución de 10 de abril de 2017, este Centro Directivo añadió que la plena aplicación del Reglamento (UE) núm. 650/2012 aconseja una matización

de esta doctrina. Por lo tanto, en cuanto no se complete la interconexión de los Registros de disposiciones sucesorias y de certificados sucesorios europeos de los Estados miembros, medida complementaria a la aplicación del Reglamento (UE) núm. 650/2012, en el contexto *e-justice*, parece solo oportuno mantener la exigencia de la acreditación de la obtención de certificación diferente al de nuestro Registro General de Actos de Última Voluntad, que acreditare si existe o no disposición de última voluntad cuando de la valoración de los elementos concurrentes en la sucesión resultare que la ley aplicable fuere distinta de la española, imponiéndose la presentación de certificado o justificación de su inexistencia en el Estado cuya ley resultare aplicable a la sucesión o a la disposición de última voluntad (arts. 21, 22, 24 y 25 del Reglamento), sea o no la del Estado o Estados cuya nacionalidad ostentare el causante.

Resolución de 28-7-2020

BOE 6-8-2020

Registro de la Propiedad de Alcalá de Henares, número 5.

HIPOTECA: INTERESES DE DEMORA.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (*vid.* las Resoluciones 28 de mayo de 2014, 25 de enero y 21 de marzo de 2017 y 20 de marzo, 11 de junio y 14 de julio de 2020) en lo tocante a la configuración de la responsabilidad hipotecaria que se fije en garantía de los intereses ordinarios y de demora que se puedan devengar, dentro de los límites legales imperativos (arts. 25 de la Ley 5/2019, 114.2.º y 3.º LH y 220 RH), opera la libertad de pacto, la cual puede ejercitarse, bien no garantizando los intereses devengados de un tipo determinado, bien fijando una cobertura en número de años distinta para cada tipo de interés, bien señalando un tipo máximo de cobertura superior a uno respecto del otro, sin que tengan que guardar ninguna proporción ya que estructuralmente nada impide que la garantía de uno u otro tipo de interés sea inferior a los efectivamente devengados, como nada impide la garantía parcial de la obligación principal.

El artículo 25 de la Ley 5/2019 establece que el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales y que esta regla no admite pacto en contrario. Pero ninguna limitación establece en cuanto a la negociación de la cifra de responsabilidad hipotecaria, por lo que —como se ha expresado anteriormente— puede ser inferior a la cifra máxima resultante de sumar tres puntos porcentuales al tipo máximo que —únicamente a efectos hipotecarios— se ha fijado para los intereses ordinarios.

Resolución de 28-7-2020

BOE 6-8-2020

Registro de la Propiedad de Madrid, número 19.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: RECLAMACIÓN DE CANTIDAD.

Lo primero que debe recordarse es que los registradores tienen dentro de su ámbito de competencia la calificación de documentos judiciales (*ex* arts. 18 LH y 100 RH), por lo que pueden revisar si la resolución judicial es congruente o no con el procedimiento seguido. No se trata de discutir el fondo de la resolución

judicial, sino de exigir el cumplimiento de las normas estructurales de nuestro procedimiento registral, dentro del cual figura la necesidad —como regla general, no exenta de excepciones— de que tengan trascendencia real los títulos presentados (arts. 1, 2 y 42 LH; 7 y 9 de su reglamento).

Conforme al artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria solo caben anotaciones de demanda cuando se demande en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real. Se ha señalado así de modo reiterado que no caben anotaciones de demanda de reclamaciones de cantidad por tratarse de pretensiones de naturaleza meramente personal u obligacional, que no se refieren a ningún derecho real ni siquiera tienden a la constitución de tal derecho por vía de demanda y sentencia, como serían los supuestos propios de un «*ius ad rem*».

En el supuesto de hecho de este expediente, aunque prosperara la acción interpuesta, ninguna consecuencia inmediata registral tendría en relación con la titularidad de las fincas. En caso de que se llegara a condenar al demandado a indemnizar o devolver duplicadas las arras, solo en ejecución de sentencia, y ante su impago, procedería adoptar la medida cautelar de embargo.

Resolución de 28-7-2020
BOE 6-8-2020
Registro de la Propiedad de Pego.

HERENCIA: SUCESIÓN DE UN CAUSANTE CONFORME AL DERECHO SUIZO.

Como indicare la Resolución de 31 de agosto de 2017 específicamente sobre el régimen de participación en las ganancias alemán, supletorio en Alemania (arts. 1363 y sigs. BGB) y ya había sido puesto de manifiesto anteriormente (*vid.* Resolución de 3 de agosto de 2016), este se encuentra regulado en el Libro Cuarto, Sección Primera, Título sexto 1, artículos 1363 y siguientes del «*Bürgerliches Gesetzbuch*» (BGB, Código civil alemán) disponiendo el número 2.º de dicho artículo que el respectivo patrimonio del marido y de la mujer no será patrimonio común del matrimonio; principio que se aplica, asimismo, en cuanto al patrimonio adquirido por uno de ellos tras la celebración del matrimonio; de modo que los bienes del marido y los de la mujer no se convertirán en bienes comunes de los esposos ni durante el matrimonio ni a su disolución. Referido exclusivamente al sistema alemán y no al suizo, fallecido un cónyuge como recuerda la Sentencia Mahnkopf, se produce el reparto a tanto alzado de las ganancias mediante un incremento de la parte alícuota de la herencia a favor del cónyuge supérstite. Incremento este, que posee, en la interpretación que hace el Tribunal de Justicia, carácter sucesorio.

Es decir, que queda acreditado —partiendo de la exactitud del asiento— que la causante adquirió bajo el régimen de participación legal de su nacionalidad alemana en el año 2014 falleciendo bajo la ley suiza coincidente en su residencia y elección. La liquidación del régimen económico-matrimonial, se regirá por tanto conforme a la ley que hubiera sido aplicable a su matrimonio, artículo 69.1 del Reglamento (UE) 2916/1103, al ser previo el matrimonio a la aplicación de este Reglamento sin que pueda ser incrementada su cuota viudal al regirse la sucesión por la ley suiza.

Como ha puesto de manifiesto reiteradamente este Centro Directivo (*vid.* la Resolución de 7 de noviembre de 2019 y las citadas en ella) debe acreditarse el

contenido y la vigencia del derecho extranjero cuando se extingue el régimen económico matrimonial, con liquidación de aquel y la correspondiente adjudicación de bienes a los cónyuges, habida cuenta de la trascendencia que tienen tales actos. Y, de los términos de la escritura calificada y de la calificación impugnada resulta que esa falta de acreditación no ha sido suplida por una indagación o conocimiento directo del citado derecho extranjero por parte del notario autorizante ni de la registradora, lo cual constituye una facultad pero no una obligación de los mismos.

La normativa aplicable a la acreditación en sede registral del ordenamiento extranjero debe buscarse, en primer término, en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, norma que regula los medios de prueba del derecho extranjero en relación con la observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto y que, como señala la Resolución de esta Dirección General de 1 de marzo de 2005, resulta también extensible a la acreditación de la validez del acto realizado según la ley que resulte aplicable. Según este precepto los medios de prueba del derecho extranjero son «la aseveración o informe de un notario o cónsul español o de diplomático, cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable». El precepto señala además que «por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles». La enumeración expuesta no contiene un «*numerus clausus*» de medios de prueba ya que el precepto permite que la acreditación del ordenamiento extranjero podrá hacerse «entre otros medios», por los enumerados. Por otro lado, al igual que en sede judicial se mantiene la exigencia contenida en el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la cual no solo es necesario acreditar el contenido del derecho extranjero sino también su vigencia.

Resulta del título calificado y del recurso, que la causante testó en España, en exclusiva referencia a los bienes en territorio español, con posterioridad a la aplicación del Reglamento (UE) núm. 650/2012. Esta práctica, basada en razones pragmáticas es hoy incompatible con el instrumento europeo y dificulta la apreciación de la validez material y formal de las disposiciones «mortis causa» (arts. 27 a 28). Pese a ello, en el presente caso, no se distorsiona la determinación de la ley aplicable, pues la «*professio iuris*» que realiza el causante, realizada a la ley de un tercer Estado —recordemos que conforme a su artículo 20 se sanciona el carácter universal del Reglamento— conduce al Derecho suizo que resultaría aplicable en atención a la residencia habitual de la causante.

La apertura de las disposiciones de última voluntad en Derecho helvético exige, tras la previa sentencia de apertura de la sucesión —de la que no existe cita en el expediente—, la comunicación a todos los herederos, instituidos y legales (art. 558 CC). El viudo es legitimario según la ley suiza, en la cuarta parte del caudal hereditario. Conforme al artículo 559 del Código civil este tuvo el plazo de un mes a partir desde la notificación para impugnar los derechos hereditarios de quienes fueron determinados herederos en la sentencia de apertura. Coherentemente, el certificado de herederos solo se puede emitir después del vencimiento de este plazo (art. 559) lo que hizo la oficina competente, en este caso el Ayuntamiento de Hünenberg confirmando la posición de los herederos.

En base a lo anterior, en el título calificado debería haberse realizado un juicio tanto sobre la ley aplicable, que conduce al Derecho suizo así como su contenido, como de la validez y alcance del certificado de sucesión. El notario y el registrador español deben analizar que el certificado de herederos es funcionalmente equivalente a un documento expedido por autoridad española, aun con adecuación (disposición adicional tercera de la Ley 15/2015). En conclusión, el título calificado

no contiene un juicio del notario basado en la prueba del Derecho aplicable a la sucesión, ni del contenido de la ley con base en la cual es omitida la comparecencia del cónyuge viudo, ni de los requisitos mínimos exigibles al certificado de herederos emitido, si bien respecto de sus aspectos formales basta la apostilla internacional, según establece el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, que demuestra que se trata de una autoridad con competencia civil. Tampoco se realiza en el título calificado juicio de equivalencia funcional del título extranjero con el que emitiera una autoridad española, razones por las cuales debe confirmarse el defecto observado al no quedar justificada la no comparecencia del cónyuge viudo.

Resolución de 28-7-2020

BOE 6-8-2020

Registro de la Propiedad de Madrid, número 16.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: RECLAMACIÓN DE CANTIDAD.

Lo primero que debe recordarse es que los registradores tienen dentro de su ámbito de competencia la calificación de documentos judiciales (*ex arts. 18 LH y 100 RH*), por lo que pueden revisar si la resolución judicial es congruente o no con el procedimiento seguido. No se trata de discutir el fondo de la resolución judicial, sino de exigir el cumplimiento de las normas estructurales de nuestro procedimiento registral, dentro del cual figura la necesidad —como regla general, no exenta de excepciones— de que tengan trascendencia real los títulos presentados (art. 1, 2 y 42 LH; 7 y 9 de su reglamento).

Conforme al artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria solo caben anotaciones de demanda cuando se demande en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real. Se ha señalado así de modo reiterado que no caben anotaciones de demanda de reclamaciones de cantidad por tratarse de pretensiones de naturaleza meramente personal u obligacional, que no se refieren a ningún derecho real ni siquiera tienden a la constitución de tal derecho por vía de demanda y sentencia, como sería los supuestos propios de un *«ius ad rem»*.

En el supuesto de hecho de este expediente, aunque prosperara la acción interpuesta, ninguna consecuencia inmediata registral tendría en relación con la titularidad de las fincas. En caso de que se llegara a condenar al demandado a indemnizar o devolver duplicadas las arras, solo en ejecución de sentencia, y ante su impago, procedería adoptar la medida cautelar de embargo.

Resolución de 28-7-2020

BOE 6-8-2020

Registro de la Propiedad de Zamora, número 2.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: TÍTULOS CREADOS *AD HOC*.

Respecto del primer defecto hemos de partir recordando la doctrina de este Centro Directivo según la cual no supone una extralimitación competencial, sino todo lo contrario, que el registrador califique si los títulos presentados para inmatricular una finca cumplen los requisitos legales o han sido elaborados *«ad hoc»* de manera artificiosa para eludir el cumplimiento de la finalidad y razón

de ser esencial de tales preceptos. Procede por tanto determinar si la permuta de 3/8 partes indivisas de finca por otras 3/8 partes indivisas sobre esa misma finca supone efectivamente una traslación de derechos que permita considerarla como título inmatriculador. Como señala la registradora en su nota la permuta de parte indivisa de una finca perteneciente a un comunero por otra parte indivisa de esa misma finca perteneciente a otro comunero no altera la posición jurídica ni la titularidad de las permutantes puesto que dichas partes indivisas no se concretan en el uso exclusivo de una parte de la finca, sino que se trata de una cuota abstracta idéntica a la de los demás comuneros sobre la finca y que no puede individualizarse.

El fideicomiso de residuo se ha configurado en el testamento para el caso en que no hayan dispuesto de bienes legados por cualquier título «*inter vivos*» con carácter oneroso o gratuito. Dado que en el presente supuesto no se ha dispuesto del bien en su totalidad, sino parcialmente por cuotas, con el resultado antes señalado de que no se altera la proporción de los permutantes en la comunidad, no se puede entender que esté cumplida la condición a la que se somete la purificación del fideicomiso. También en esto por tanto debe confirmarse la nota de calificación si lo que se pretende es la inscripción libre del fideicomiso.

Resolución de 28-7-2020

BOE 6-8-2020

Registro de la Propiedad de Arcos de la Frontera.

OBRA NUEVA: SEGURO DECENAL.

Finalmente, debe confirmarse el defecto relativo a la falta de acreditación de la constitución del seguro decenal. La ley exige un doble requisito, subjetivo y objetivo, para admitir la exoneración del seguro, pues ha de tratarse de un «autopromotor individual» y, además, de «una única vivienda unifamiliar para uso propio» (cfr., por todas, las Resoluciones de 11 de febrero y 9 de julio de 2003 y Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003). En relación con el requisito subjetivo, es doctrina reiterada de esta Dirección General que el concepto de autopromotor individual no debe ser objeto de interpretaciones rigoristas o restrictivas, sino que ha de interpretarse de forma amplia. En esta línea interpretativa la Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003 afirmó la inclusión dentro del mismo de la denominada «comunidad valenciana» para la construcción de edificios; si bien únicamente cuando las circunstancias arquitectónicas de la promoción de viviendas así lo permitan, y respecto de cada uno de los promotores que se asocien en cuanto a su propia vivienda unifamiliar para cuya construcción se han constituido en comunidad. En relación con los requisitos objetivos de la excepción, la reforma introducida por la Ley 53/2002 exige la concurrencia de los siguientes extremos a efectos de excluir la necesidad de constituir el seguro decenal en el momento de declarar la obra nueva: a) que se trate no solo de vivienda, cuyo concepto se determina por el uso a que se destina (Resolución de 24 de mayo de 2001), sino que esta vivienda sea «unifamiliar»; b) que la vivienda se destine a «uso propio», y c) que se trate de «una única» vivienda. El concepto de vivienda unifamiliar viene dado por unas características constructivas y arquitectónicas determinadas, y especialmente por una concreta ordenación jurídica, que configuran a la edificación como autónoma, separada y que se destina a un uso individual. Jurídicamente se estructura como una única entidad física y registral, susceptible de una sola titularidad. Por lo que respecta

al concepto de «vivienda destinada a uso propio», se entiende toda aquella que tienda a este uso por parte del autopromotor y que no pretenda estar destinada originariamente a posterior enajenación, entrega o cesión a terceros.

Pues bien, en el presente caso no concurren tales requisitos subjetivos ni objetivos. En primer lugar, la declaración de final de obra es realizada por los titulares comparecientes de forma conjunta, y no de forma separada respecto de cada una de las viviendas. Pues bien, en el presente caso no concurren tales requisitos subjetivos ni objetivos. En primer lugar, la declaración de final de obra es realizada por los titulares comparecientes de forma conjunta, y no de forma separada respecto de cada una de las viviendas, tal y como resulta del tenor del acta que hace referencia a «la obra nueva declarada se ha terminado (...) lo que los señores comparecientes quieren hacer constar» o «la terminación de la obra nueva», calificando por ende la obra como una entidad única. Pero es que incluso en el caso de que se interpretara que la declaración es individual por cada titular respecto de la vivienda de su titularidad cuya obra finalización se declara, lo cierto es que la doctrina que esta Dirección General tiene fijada respecto de la llamada «comunidad valenciana» que la asimilación al concepto de autopromotor individual de la «comunidad valenciana» para la construcción de edificios, se admite «si bien únicamente cuando las circunstancias arquitectónicas de la promoción de viviendas así lo permitan, y respecto de cada uno de los promotores que se asocien en cuanto a su propia vivienda unifamiliar para cuya construcción se han constituido en comunidad. Para ello, debe tenerse presente que en esta especie de comunidad no rigen las normas de propiedad horizontal, sino que se constituyen diversas viviendas por una pluralidad de propietarios, siendo dueños cada uno de ellos de su propia vivienda con carácter independiente; de tal manera que los vicios o defectos de que adolezca cada vivienda unifamiliar únicamente fueren imputables a sus propios elementos estructurales, y no a los derivados de la estructura de los elementos comunes del total conjunto, generalmente sitios en parcela independiente».

En segundo lugar, tampoco concurre en este caso el requisito objetivo de la exoneración de la obligación legal de constitución del seguro decenal, pues no se trata de una edificación integrada por una única vivienda unifamiliar, sino de un edificio plurifamiliar integrado por tres viviendas en la que existen elementos comunes a todas ellas que resultan de la división horizontal previa —cfr. artículos 396 del Código civil y 3.b) de la Ley sobre propiedad horizontal—.

De todo ello resulta que no concurren en este supuesto de hecho de los requisitos a los que la disposición adicional segunda de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en su redacción dada por la Ley 53/2002, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, subordina la excepción legal al régimen general de la exigencia del seguro decenal, al no tratarse de un supuesto de autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar.

Resolución de 31-7-2020
BOE 28-9-2020
Registro de la Propiedad de Carmona.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

El artículo 9 de la Ley Hipotecaria en su redacción otorgada por la Ley 13/2015 configura la incorporación de la representación gráfica georreferenciada de las fincas con carácter preceptivo, al establecer que la inscripción contendrá tal incorpo-

ración con carácter preceptivo siempre que se «inmatricule una finca, o se realicen operaciones de parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que determinen una reordenación de los terrenos, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices».

La principal finalidad del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria es la tutela de los eventuales derechos de titulares de fincas colindantes, siempre que estas se vean afectadas por la representación gráfica que pretende inscribirse, de tal modo que carece de sentido generalizar tales trámites cuando de la calificación registral de la representación gráfica no resulta afectado colindante alguno. De ahí que del propio tenor del artículo 9 se deduce la posibilidad de inscripción de representación gráfica sin tramitación previa de dicho procedimiento, en los supuestos en los que no existan diferencias superficiales o estas no superen el límite máximo del 10% de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca.

En los casos en los que tal inscripción de representación gráfica no es meramente potestativa, sino preceptiva, como ocurre con los supuestos enunciados en el artículo 9, letra b, primer párrafo, la falta de una remisión expresa desde el artículo 9 al artículo 199 supone que con carácter general no será necesaria la tramitación previa de este procedimiento, sin perjuicio de efectuar las notificaciones previstas en el artículo 9, letra b, párrafo séptimo, una vez practicada la inscripción correspondiente. Se exceptúan aquellos supuestos en los que, por incluirse además alguna rectificación superficial de las fincas superior al 10% o alguna alteración cartográfica que no respete la delimitación del perímetro de la finca matriz que resulte de la cartografía catastral (cfr. art. 9, letra b, párrafo cuarto), fuera necesaria la tramitación del citado procedimiento.

En todo caso, será objeto de calificación por el registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca. Las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria. Según el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, corresponde al registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas, decidir motivadamente según su prudente criterio. Por otra parte, 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 presente caso la decisión del registrador carece de motivación alguna, pues se limita a poner de manifiesto la existencia de alegaciones, a reproducir su contenido y a remitirse al artículo 199 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 31-7-2020

BOE 28-9-2020

Registro de la Propiedad de Santa Fe, número 2.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA INVASIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General (cfr. «Vistos») que 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. Tal y como alega el notario recurrente, para los supuestos de dudas de invasión de dominio público en la tramitación del procedimiento previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, ha señalado reiteradamente este Centro Directivo (ver resoluciones citadas en «Vistos») que resulta esencial la comunicación a la Administración titular del inmueble afectado a efectos de valorar si efectivamente se produce dicha invasión, y tal intervención solo puede producirse durante la tramitación del procedimiento correspondiente.

El mero indicio o sospecha del registrador acerca de la titularidad pública del espacio ocupado no puede ser determinante para mantener la calificación sin que la Administración y los titulares de fincas colindantes hayan tenido la oportunidad de pronunciarse en el procedimiento correspondiente. Por tanto, tal y como se ha indicado, será una vez tramitado el procedimiento cuando, a la vista de la intervención de la Administración supuestamente titular de lo que a juicio del registrador constituye dominio público que pudiera resultar perjudicado, pueda calificarse si efectivamente existe invasión de dicho dominio público.

Resolución de 10-8-2020

BOE 28-9-2020

Registro de la Propiedad de Coria.

OBRA NUEVA EN EXTREMADURA: REQUISITO DE LA PREVIA CALIFICACIÓN URBANÍSTICA EN SUELO NO URBANIZABLE.

El recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, pues, de no ser así, y estimarse otros defectos no incluidos en la misma supondría indefensión para el recurrente. 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.

Partiendo de la distinción entre normas procedimentales y materiales, la norma registral aplicable siempre será la vigente al tiempo de la presentación en el registro, mientras que los requisitos sustantivos (libro edificio, eficiencia energética, norma urbanística) a que se refiere dicha norma registral, serán aplicables o no, en función del régimen transitorio de cada norma material.

En el caso del presente expediente se trata de una obra terminada en el año 2000 y conforme a la licencia municipal del mismo año, según el certificado técnico, hechos no discutidos en la nota de calificación, por lo que la construcción se hubo de realizar y autorizar atendiendo a la legislación urbanística vigente en tal momento, y en particular, la ley material entonces aplicable en Extremadura, que es la Ley 13/1997, de 23 de diciembre, reguladora de la Actividad Urbanística de la Comunidad Autónoma de Extremadura y Decreto 76/1998, de 2 de junio, que la desarrolla, ambos derogados por la posterior Ley 15/2001, de 14 de diciembre. No fue hasta la Ley 15/2001, de 14 de diciembre del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura —art. 26.1.2 b)— cuando se impuso la calificación urbanística como requisito administrativo de la construcción en suelo no urbanizable.

Resolución de 10-8-2020
BOE 28-9-2020
Registro de la Propiedad de Aldaia.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: DEMANDA DIRIGIDA CONTRA LA HERENCIA YACENTE.

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). 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. Es razonable restringir la exigencia de nombramiento de administrador judicial, al efecto de calificación registral del tracto sucesivo, a los supuestos de demandas a ignorados herederos; pero considerar suficiente el emplazamiento efectuado a personas determinadas como posibles llamados a la herencia.

Por otro lado, las peculiaridades derivadas de la presentación de una demanda contra una herencia yacente no impiden que se deba procurar la localización de quien pueda ostentar su representación en juicio como paso previo a una posterior declaración en rebeldía.

En el supuesto de este expediente, del testimonio del decreto de adjudicación y posterior mandamiento presentados y objeto de calificación resulta que el llamamiento es genérico a la herencia yacente y desconocidos herederos del titular registral doña F.M.M., sin que en el momento de la calificación por parte del registrador conste la forma en que se han producido las notificaciones a esos herederos indeterminados, ni si se ha llevado a cabo una investigación razonable, sobre la existencia de herederos testamentarios o legales de los ignorados herederos de don F.M.M. En consecuencia, el defecto ha de ser confirmado.

Resolución de 10-8-2020
BOE 28-9-2020
Registro de la Propiedad de Alcantarilla.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 203 DE LA LEY HIPOTECARIA: ANOTACIÓN PREVENTIVA.

Es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado que, una vez que se ha producido la caducidad de la anotación, la cual, como se deriva del artículo 203 de la Ley Hipotecaria, no permite prórroga alguna, la anotación caducada deja de producir efectos desde el mismo momento en que se produce la caducidad, independientemente de que se haya procedido o no a la correspondiente cancelación. El carácter radical y automático de la caducidad como modo de extinción de los asientos que nacen con vida limitada, la trascendencia *erga omnes* de la institución registral y la naturaleza misma de la prórroga solo predicable de los asientos en vigor; determinan la imposibilidad de prorrogar una anotación cancelada.

La cuestión central que es objeto de debate es si puede practicarse una nueva anotación en el mismo procedimiento de rectificación de descripción sin expedir una nueva certificación. Del propio artículo 203 resulta una cierta interrelación entre la expedición de certificación y la práctica de la anotación, según se desprende del tenor literal de las reglas tercera y cuarta. No se contempla la posibilidad de tomar anotación preventiva sin que se expida la correspondiente certificación.

Resolución de 10-8-2020
BOE 28-9-2020
Registro de la Propiedad de Aldaia.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 671 LEC.

La registradora suspende la inscripción de la adjudicación por el defecto, además de otro luego revocado, consistente en que «la cantidad reclamada (112.916,92 euros) es inferior al 70% del valor de tasación (valor de tasación que fue fijado en 180.342,50 euros), pero es superior al 60% de dicho valor (108.205,50 euros, que es el precio por el que ha sido adjudicada la finca). Siendo la finca ejecutada la vivienda habitual del deudor, la adjudicación debe realizarse por la total cantidad reclamada», invocando y aplicando la interpretación que la DGRN viene haciendo del artículo 671 LEC.

Las exigencias constitucionales derivadas del principio de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos y de exclusión de la indefensión (cfr. art. 24 de la Constitución Española), que tiene su específica aplicación en el ámbito registral en el criterio de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. art. 1 LH), determinará la supeditación de la inscripción de las resoluciones judiciales firmes, a la previa comprobación de los extremos aludidos en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario. Entre esos aspectos sujetos a calificación se encuentra la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado. Es evidente que la privación de la titularidad de una finca como consecuencia de la ejecución de la hipoteca que la grava, solo puede llevarse a cabo por los trámites de alguno de los procedimientos regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley Hipotecaria. Dicho procedimiento solo será reconocible si se respetan una serie de garantías básicas que impiden la indefensión del demandado que va a terminar perdiendo la propiedad del bien objeto de ejecución. Entre esas garantías fundamentales está la de que la adjudicación, en caso de que la subasta quede desierta, se haga al ejecutante por una cantidad que respete unos porcentajes mínimos del valor de tasación de la finca hipotecada. Si dichos límites no se respetan, no puede sostenerse que se ha seguido un procedimiento adecuado para provocar el sacrificio patrimonial del ejecutado, y el registrador debe, incluso con más rigor que en el procedimiento ejecutivo ordinario, rechazar el acceso al Registro de la adjudicación.

Saber el importe en que se ha verificado esa adjudicación, y que dicho importe es el correcto, de acuerdo con los artículos 670 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es determinante no solo en protección de los intereses del deudor y del hipotecante no deudor, sino también es un dato relevante en aras de proteger los legítimos intereses de los terceros poseedores posteriores, así

como de los titulares de otros derechos, cargas o embargos, puesto que cuanto mayor sea el importe de la adjudicación, mayores son sus expectativas a la consignación de un importe sobrante en su beneficio, que como expresamente determina el apartado 4.º del artículo 132 de la Ley Hipotecaria ha de ser calificado por el registrador.

La interpretación literal del 671 LEC presenta graves dificultades, por lo que procede realizar una interpretación siguiendo los criterios hermenéuticos marcados por el artículo 3 del Código civil. Para ello se hace preciso analizar los antecedentes legislativos del citado artículo y examinar los preceptos relativos a la adjudicación de bienes en procedimientos de ejecución. Para resolver dichas dudas interpretativas, es preciso examinar los preceptos relativos a la adjudicación de bienes en procedimientos de ejecución. La existencia de un tope en la adjudicación es la regla general. Lo que entiende esta Dirección General es que la interpretación literal del artículo 671 sin limitación alguna, implica que cuanto inferior sea la cantidad debida, o lo que es lo mismo, cuanto mayor haya sido el cumplimiento del deudor de sus obligaciones, más penalizado se verá, ya que el ejecutante podrá hacer suya la finca por la cantidad debida por todos los conceptos por irrisoria que esta sea.

Este efecto distorsionador de equilibrio entre los intereses del ejecutante encaminados a obtener la satisfacción de su crédito y los del ejecutado, satisfacer la deuda sin más quebranto patrimonial que el valor de lo debido, que debe presidir el procedimiento de apremio y al que sin duda ha querido contribuir el legislador, se ve aquí alterado, y es por ello que en base a los principios generales de interpretación de normas jurídicas recogido en el artículo 3 del Código civil parece que la interpretación del artículo 671 no puede ser la puramente literal, ya que puede producir un resultado distorsionado. El artículo 670.4 en el caso de existencia de postores, prevé la posibilidad de aprobar el remate por una cantidad inferior al 50%. Por lo tanto, existiendo postores cabe la posibilidad de que el remate sea inferior al 50% del valor de tasación siempre que cubra al menos, la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas. Y en otro caso, como garantía complementaria la Ley atribuye al letrado de la Administración de Justicia la apreciación y valoración de las circunstancias concurrentes, oídas las partes, y establece que, en caso de que se realice el remate en esos términos, existirá la posibilidad de presentar recurso de revisión frente al decreto de adjudicación.

En el caso que ahora nos ocupa, el valor por el que el bien salió a subasta fue de 180.342,50 €. El crédito de la ejecutante por todos los conceptos asciende a 112.916,96 €, lo cual supone un 62,61% del importe por el que el bien salió a subasta. Sin embargo, a falta de postores se adjudica al ejecutante por tan solo el 60% de dicho valor; es decir, por tan solo 108.205,50 €, por lo que en lugar de quedar pagada la totalidad de la deuda, resulta una parte de deuda pendiente. Por todo lo expuesto, conforme a la interpretación ponderada que este Centro Directivo hace del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, («si se tratara de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por la cantidad que se le deba al ejecutante por todos los conceptos, con el límite mínimo del 60 por cien del valor de subasta») procede desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación registral.

Resolución de 10-8-2020

BOE 28-9-2020

Registro de la Propiedad de Villafranca del Bierzo.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

El artículo 9 de la Ley Hipotecaria en su redacción otorgada por la Ley 13/2015 configura la incorporación de la representación gráfica georreferenciada de las fincas con carácter preceptivo, al establecer que la inscripción contendrá tal incorporación con carácter preceptivo siempre que se «inmatricule una finca, o se realicen operaciones de parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que determinen una reordenación de los terrenos, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices».

La principal finalidad del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria es la tutela de los eventuales derechos de titulares de fincas colindantes, siempre que estas se vean afectadas por la representación gráfica que pretende inscribirse, de tal modo que carece de sentido generalizar tales trámites cuando de la calificación registral de la representación gráfica no resulta afectado colindante alguno. De ahí que del propio tenor del artículo 9 se deduce la posibilidad de inscripción de representación gráfica sin tramitación previa de dicho procedimiento, en los supuestos en los que no existan diferencias superficiales o estas no superen el límite máximo del 10% de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca.

En los casos en los que tal inscripción de representación gráfica no es meramente potestativa, sino preceptiva, como ocurre con los supuestos enunciados en el artículo 9, letra b, primer párrafo, la falta de una remisión expresa desde el artículo 9 al artículo 199 supone que con carácter general no será necesaria la tramitación previa de este procedimiento, sin perjuicio de efectuar las notificaciones previstas en el artículo 9, letra b, párrafo séptimo, una vez practicada la inscripción correspondiente. Se exceptúan aquellos supuestos en los que, por incluirse además alguna rectificación superficial de las fincas superior al 10% o alguna alteración cartográfica que no respete la delimitación del perímetro de la finca matriz que resulte de la cartografía catastral (cfr. art. 9, letra b, párrafo cuarto), fuera necesaria la tramitación del citado procedimiento.

En todo caso, será objeto de calificación por el registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca. Las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria. Según el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, corresponde al registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas, decidir motivadamente según su prudente criterio. Por otra parte, 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. Atendiendo a las anteriores consideraciones, en el presente caso resultan fundadas en la nota de calificación las dudas de identidad que impiden la inscripción de la representación gráfica.

Resolución de 10-8-2020
BOE 28-9-2020
Registro de la Propiedad de Calafell.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Los efectos de una calificación emitida fuera de plazo no determina su nulidad, sino los efectos previstos en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

Como ha reiterado este Centro Directivo, siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados (cfr. Resoluciones citadas en «Vistos»). En el caso de este expediente, el registrador en su nota de calificación, transcrita más arriba, expresa con detalle los motivos por los que tiene indicios fundados de que la finca que se pretende inmatricular pueda coincidir con otra previamente inmatriculada, quedando perfectamente identificada la finca que pudiera verse afectada por la operación que pretende acceder al Registro.

Debe recordarse también, como ya ha señalado este Centro Directivo, que en todo caso el registrador debe extremar el celo en las inmatriculaciones para evitar que se produzca la indeseable doble inmatriculación. Además, hay que considerar que el procedimiento previsto en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria tiene menores garantías, al no exigir la previa intervención de titulares de fincas colindantes que pudieran verse afectados, siendo estos los más interesados en velar que el acceso de una nueva finca al Registro no se haga a costa, o en perjuicio, de los fundos limítrofes, pudiendo producirse, en caso contrario un supuesto de indefensión.

Resolución de 10-8-2020
BOE 28-9-2020
Registro de la Propiedad de Ibiza, número 1.

DERECHO INTERREGIONAL: PACTO DE DEFINICIÓN BALEAR OTORGADO POR ITALIANO.

Nuestra normativa, tanto internacional como interna establece como regla principal para determinar la ley personal en el derecho interregional, la vecindad civil, tratándose de españoles. En el primer caso, —como fue puesto de relieve en la Resolución de 24 de mayo de 2019— tanto la negociación del Reglamento (UE) núm. 650/2012, como su resultado —no ofrece lugar a duda sobre sus soluciones propias en concurrencia con conflictos interregionales.

Por otra parte la Resolución de 24 de mayo de 2019 puso de manifiesto la importancia y autonomía que el Reglamento concede a las disposiciones *mortis causa* (Vid. en igual sentido las STJUE Kubricka y Lituania). Desde esta perspectiva, cabe remitirse a la citada resolución en las consideraciones que realiza respecto de la admisión por el Reglamento (UE) núm. 650/2012 del pacto como disposición *mortis causa*, en una adaptación que se debe al indudable «*favor pactum*», del que hace gala el Reglamento, que hizo insuficiente «*mutatis mutandis*» las disposiciones del Convenio formas testamentarias. En este contexto, se sitúa el considerando 53 del Reglamento (UE) número 650/2012. Sin olvidar, como señala la Resolución de 24 de mayo de 2019 que el Convenio formas testamentarias

establece a sus efectos una previsión para los Estados multilegislativos (art. 1, inciso 2.^a) que sirve de inspiración al artículo 36.3 del Reglamento.

Por todo ello, siendo la presente, desde la perspectiva del Reglamento (UE) número 650/2012, una cuestión de validez formal del pacto celebrado que conduce a la circunstancia personal del disponente, consistente en la exigencia de la condición de mallorquín (vecindad civil cualificada), y desde la perspectiva de la Compilación, como indica la jurisprudencia balear citada, una regla material, —basada en la tradición y antecedentes históricos—, ha de confirmarse la calificación del registrador con desestimación íntegra del recurso presentado.

Resolución de 10-8-2020

BOE 28-9-2020

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 3.

CONDICIÓN RESOLUTORIA: CANCELACIÓN.

Se pacta en una escritura de compraventa que, para cancelar la condición resolutoria, sin perjuicio de otorgar escritura de carta de pago, será suficiente una instancia privada con firmas legitimadas notarialmente en la que la parte vendedora interesará «la cancelación de la condición resolutoria por cumplimiento de la misma (pago de la cantidad aplazada) declarará cumplida la condición resolutoria pactada, consintiendo expresamente que se cancele dicha inscripción».

El recurso no puede ser estimado. Del examen de la escritura resulta evidente que no nos encontramos ante la previsión de una cancelación automática, como podría ser la pactada introduciendo un plazo de caducidad de la condición, sino que tal como se ha estipulado la condición resolutoria y su forma de cancelación, se hace necesario que en el futuro documento cancelatorio se emita una declaración de voluntad reconociendo la realidad del completo pago y prestando el consentimiento a la cancelación de la garantía. El artículo 82 de la Ley Hipotecaria en su párrafo primero, y reiterando el criterio general del artículo 3, exige para cancelar inscripciones o anotaciones practicadas en virtud de escritura pública, o bien sentencia firme o bien escritura o documento auténtico.

El procedimiento registral es rogado, pero una vez iniciado se rige por normas de orden público. No cabe así pactar una hipoteca y modificar convencionalmente el régimen al que estará sometida su ejecución; ni tampoco pactar una condición resolutoria y modificar el régimen jurídico de su operatividad registral (necesidad de requerimiento de pago, consignación de las cantidades y demás requisitos derivados del art. 1504 CC y 59 RH). Tampoco cabe pactar una condición resolutoria y modificar las exigencias estructurales del sistema para su cancelación como son las relativas a las exigencias formales.

Resolución de 10-8-2020

BOE 28-9-2020

Registro de la Propiedad de Madrid, número 29.

REQUISITOS FISCALES: IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DE VALOR DE TERRENOS DE NATURALEZA URBANA.

Este Centro Directivo (*vid.* Resoluciones recogidas en los «Vistos») ha analizado el alcance del denominado cierre registral por no acreditar el cumplimiento

de las obligaciones fiscales, tanto en relación a los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados y de Sucesiones y Donaciones, como respecto al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (Plusvalía).

La doctrina mantenida por este Centro Directivo ha establecido que el registrador, ante cualquier operación jurídica cuya registración se solicite, no solo ha de calificar su validez y licitud, sino decidir también si se halla sujeto o no a impuestos; la valoración que haga de este último aspecto no será definitiva en el plano fiscal, pues no le corresponde la competencia liquidadora respecto de los diversos tributos; no obstante, será suficiente bien para acceder, en caso afirmativo, a la inscripción sin necesidad de que la administración fiscal ratifique la no sujeción, bien para suspenderla en caso negativo, en tanto no se acredite adecuadamente el pago, exención, prescripción o incluso la no sujeción respecto del impuesto que aquel consideró aplicable, de modo que el registrador, al solo efecto de decidir la inscripción, puede apreciar por sí la no sujeción fiscal del acto inscribible, evitando una multiplicación injustificada de los trámites pertinentes para el adecuado desenvolvimiento de la actividad jurídica registral. Ahora bien, no concurriendo circunstancias de realización de especial tarea de cooperación con la Administración de Justicia (Resolución de 21 de diciembre de 1987) ni resultando supuestos de expresa e indubitada no sujeción al Impuesto (apartados 2 a 4 del artículo 104 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales) o de clara causa legal de exención fiscal, imponer al registrador la calificación de la sujeción o no al Impuesto de ciertos actos contenidos en el documento presentado a inscripción supondría obligarle a realizar inevitablemente declaraciones tributarias que (aunque sea con los limitados efectos de facilitar el acceso al Registro de la Propiedad) quedan fuera del ámbito de la competencia reconocida a este Centro Directivo.

En el supuesto de este expediente, la instancia presentada justifica la no acreditación del pago del Impuesto Municipal de Plusvalía por haberse acogido la fusión por absorción que origina la transmisión de la finca a la al régimen tributario especial establecido en la disposición adicional octava de la entonces vigente Ley 43/1995, de 27 de diciembre, de Impuesto sobre Sociedades, inscrita en el fundamento primero, pero debe notarse que la no sujeción al Impuesto no es absoluta ya que se refiere a operaciones a las que resulte aplicable el régimen especial regulado en el capítulo VIII del título VIII de la presente Ley, con excepción de las previstas en el artículo 108, por lo tanto no resultando un supuesto de expresa e indubitada no sujeción al Impuesto, la decisión de si la operación en concreto estaba no sujeta es una declaración tributaria a la que el registrador no está obligado.

Resolución de 10-8-2020

BOE 28-9-2020

Registro de la Propiedad de Cartagena, número 4.

CONCURSO DE ACREEDORES: CANCELACIÓN DE EMBARGOS ADMINISTRATIVOS.

Que el registrador pueda y deba verificar la cumplida intervención del titular registral en los procedimientos judiciales que, como en este caso, puedan provocar la cancelación de sus derechos, tiene su base en las exigencias constitucionales

derivadas del principio de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos y de exclusión de la indefensión (cfr. art. 24 de la Constitución española), que tiene su específica aplicación en el ámbito registral en el criterio de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. art. 1 LH), lo cual determinará la supeditación de la inscripción de las resoluciones judiciales firmes, a la previa comprobación de los extremos aludidos en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

La competencia del juez del concurso se extiende, en razón a su vis atractiva, no solo para llevar a cabo las ejecuciones singulares, sino para ordenar también la cancelación de los embargos y anotaciones practicadas en las mismas, de manera que la regla general de que la competencia para cancelar una anotación preventiva la tiene el mismo juez o Tribunal que la hubiera ordenado (cfr. art. 84 LH), puede extenderse a favor de esta competencia del juez del concurso como consecuencia del procedimiento universal de ejecución. Esta competencia del juez del concurso para cancelar embargos, queda sometida a una triple condición: a) que la decrete el juez del concurso a petición de la administración concursal; b) que concurra como causa habilitante el hecho de que el mantenimiento de los embargos trabados dificulte gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, y c) la audiencia previa de los acreedores afectados.

Atendiendo a la finalidad del artículo 55.3 LC, habrá que entender que la imposibilidad de cancelación de tales embargos administrativos está referida a los que gozan de ejecución aislada, que son los trabados antes de la declaración concursal, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. No obstante, lo anterior, encontrándose el concurso en la fase de convenio, y habiendo recaído sentencia firme aprobatoria del mismo, los requisitos del artículo 55.3 deberán ser adaptados a la nueva situación concursal.

Para proceder a la cancelación de los embargos administrativos trabados con anterioridad a la declaración del mismo, que recaigan sobre bienes no afectos a la actividad de la sociedad, debe constar, en primer lugar, que los acreedores están sujetos al contenido del convenio aprobado. En segundo lugar, la petición de cancelación de los embargos, incluyendo en su caso los administrativos, efectuada por la administración de la sociedad concursada deberá estar justificada por el cumplimiento de las previsiones contenidas en el convenio y finalmente será preciso que conste que los titulares de dichos embargos han sido previamente notificados, para que puedan oponerse si lo estiman conveniente.

Resolución de 27-8-2020

BOE 28-9-2020

Registro de la Propiedad de Cuevas de Almanzora.

CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS: ALCANCE. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: REQUISITOS.

Sin que proceda en el ámbito del recurso gubernativo discutir cuestiones sobre si la normativa autonómica respeta la competencia estatal de ordenación de los registros públicos (art. 149.1.8.^a de la Constitución), debe recordarse la doctrina asumida por esta Dirección General basada en la diferenciación entre normas de naturaleza registral, reguladoras netamente de requisitos de inscripción, y cuya competencia estatal no se discute, y normas de carácter material o

sustantivo, donde pueden tener aplicación preferente las normas autonómicas, dictadas en ejercicio de sus competencias exclusivas y cuyo régimen propio deberá ser respetado también a efectos de inscripción.

En el caso de este expediente, prevista en la normativa autonómica la constancia registral («inclusión») de la circunstancia de la previa inscripción de un inmueble en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz, habrá que atender a las disposiciones de la Ley Hipotecaria para determinar en qué modo puede «incluirse» tal circunstancia afectante a determinadas fincas en los libros del Registro de la Propiedad. A tal efecto, el artículo 9 de la Ley Hipotecaria dispone en su letra a) 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 este punto debe matizarse que tal «constancia registral en general» no está contemplada en la legislación hipotecaria, debiendo en todo caso ajustarse la pretensión de acceso al Registro, amparada en la norma autonómica, a los tipos de asientos previstos en la legislación hipotecaria. Por otra parte, no cabe duda de que la publicidad registral que se pretende de esta situación administrativa debe sujetarse a los requisitos previstos en la legislación hipotecaria, en particular, los que resultan del principio de especialidad registral conforme al cual deben quedar perfectamente determinados las circunstancias de las personas, fincas y derechos inscritos.

Se plantea como defecto en la calificación si es preciso acompañar la resolución judicial en ejecución de la cual se dictó la Orden de 13 de enero de 2016 por la que se modifica parcialmente la delimitación de la zona arqueológica fijada en la anterior Orden de 14 de febrero de 2005. Siendo la Administración pública condenada en un proceso contencioso-administrativo la encargada legalmente de ejecutar la sentencia recaída en el mismo, la actividad que al efecto despliegue se materializará necesariamente en uno o varios actos administrativos que habrán de ajustarse a los términos de aquella. Pues bien, entrando en el ámbito estrictamente hipotecario, la calificación por el registrador de la propiedad, conforme al artículo 99 del Reglamento Hipotecario, de los documentos administrativos en los que se recojan actos dictados en ejecución de una sentencia contencioso-administrativa, cuando estos sean susceptibles de causar algún asiento registral, habrá de modularse en función de la clase y contenido de estos, de acuerdo con los diferentes supuestos que han sido expuestos más arriba.

Aplicando lo anterior al caso que nos ocupa, observamos que la resolución objeto del documento calificado, Orden de 13 de enero de 2016, acuerda modificar parcialmente la inscripción en el Catálogo General de Patrimonio Histórico Andaluz como Zona arqueológica del yacimiento de Villaricos y establecer los límites vigentes de la demarcación del Bien de Interés Cultural, todo ello conforme sendos fallos de la Sentencia 918/2013 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 11 de marzo de 2013 y de la Sentencia 1127/2013 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2015. Este nuevo acto administrativo está sujeto plenamente a la calificación del registrador conforme a lo dispuesto en el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, sin que sea preciso aportar la resolución judicial en cuya virtud se dicta el acto administrativo, ya que el objeto de la calificación es el primer acto administrativo rectificado por este nuevo acto administrativo, extendiéndose tal calificación, como indica el registrador, a verificar que en el procedimiento administrativo han tenido la intervención correspondiente los interesados, según seguidamente se verá. No es objeto de

calificación, por tanto, la propia resolución judicial que antecede al acto rectificador, no pudiendo extenderse la calificación, conforme al artículo 99 de la Ley Hipotecaria, a la cuestión de si se ajusta a esta el nuevo acto administrativo o a si en la misma fueron demandados los titulares registrales. Sentadas tales premisas, y exceptuando la necesidad de aportar las resoluciones judiciales, el resto de la calificación debe ser confirmada en su totalidad.

En primer lugar, de los documentos administrativos que son objeto de calificación no resultan determinadas las fincas registrales afectadas por la delimitación la zona arqueológica catalogada como bien de interés cultural. En segundo lugar, el documento hace referencia a parcelas afectadas total y parcialmente. En este punto es también correcta la calificación cuando señala que debe quedar delimitada respecto de cada una de las fincas la forma en la que la misma queda afectada parcialmente, lo que puede lograrse con los datos georreferenciados de dicha porción afectada en cuanto a cada una de las fincas, o al menos debe describirse con las circunstancias previstas en los artículos 9 de la Ley y 51 del Reglamento Hipotecario. En tercer y último lugar, no figura dato alguno relativo a los titulares afectados por la resolución, así como su intervención en el procedimiento.

Resolución de 28-8-2020

BOE 28-9-2020

Registro de la Propiedad de San Vicenç dels Horts, número 1.

HERENCIA: SUCESIÓN DE UN CAUSANTE DE NACIONALIDAD FRANCESA.

La cuestión se centra en determinar si puede considerarse a la luz de la interpretación del Reglamento europeo, que en el testamento del causante ha existido o no elección de ley, aun siendo anterior a la aplicación del mismo. Una de las novedades que del Reglamento (UE) número 650/2012, fue, por tanto, la consagración de la *professio iuris* en todos los Estados miembros participantes (a día de hoy todos, menos Irlanda y Dinamarca) y la aceptación de la proveniente de un tercer Estado, con independencia de que fuera conocida en las tradiciones nacionales.

En efecto, establecida la conexión de la ley aplicable en el artículo 21, el Reglamento potencia una limitada elección de ley reducida a la posibilidad de elegir la ley de la nacionalidad. Elección que, tanto para las disposiciones de última voluntad otorgadas tras la aplicación del Reglamento como para las previas, transitorias, puede ser expresa o tácita, con ciertas matizaciones para estas últimas en el artículo 83. A la vista de este marco normativo, uno de los problemas prácticos más relevantes en la aplicación del Reglamento es la interpretación que haya de hacerse de las cláusulas de elección presuntiva en cuanto en el momento que se realizaron no podía conocerse ni la futura existencia de un Reglamento que versara sobre la materia sucesoria ni el sentido del mismo.

Otorgado ante un notario español, con independencia de la elección expresa o tácita de la ley de una nacionalidad extranjera, el contenido del testamento podrá —deberá— acomodarse a esa ley —aplicación extraterritorial— pero la forma instrumental se regirá por la *lex auctor —regit actum—*, es decir las solemnidades del instrumentum se rigen por la ley notarial del lugar del otorgamiento mientras que su contenido sucesorio, se acomodará a la ley elegida que será además la *lex putativa* o de buena fe a los efectos del artículo 26 del Reglamento.

Tiene indicado la Sala Primera del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 15 de enero de 2019, en la estela de las sentencias de la misma Sala de 23 de septiembre de 2002 y 12 de enero de 2015, siempre para herencias abiertas antes del 17 de agosto de 2015 que, en el supuesto de existir solo bienes en España, se aplicará la ley española, aunque fuera otra la nacionalidad, en cuanto no rompa la unidad de sucesión. Aquí, siendo aplicable el Reglamento son de aplicación sus normas, sin reenvío posible y en todo caso, la redacción del testamento debe ser compatible con la ley francesa de 2006 (validez material).

Por tanto, conforme a la hermenéutica del Reglamento, procede confirmar la nota de la registradora. La prueba de ley de la legislación francesa, referida al momento en que se otorgó ante notario español la disposición *mortis causa* relevante, de la que cabe establecer una elección de ley tácita, en el contexto del artículo 83 del Reglamento, y de la que se deducirá la intervención del hijo legitimario del causante, es en todo caso, imprescindible.

En la escritura calificada, no se hace referencia a la determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial que se liquida, no pudiendo ser la manifestación testamentaria lugar para ello, daba su autonomía con la ley sucesoria. Según el título de adquisición, según consta en la escritura calificada, se sujeta al régimen supletorio francés, que es el régimen de comunidad de adquisiciones (arts. 1400 a 1491 CC francés, en versión consolidada a 1 de agosto de 2020). Aunque ahora no puede impedir la inscripción en cuanto no fue observado defecto al respecto, el título no presenta un juicio de ley notarial en relación a la posibilidad de su liquidación unilateral, en la que resulta inventariada, entre otras deudas, un crédito del hijo legitimario, contra la comunidad, que asume íntegramente la viuda.

Resolución de 31-8-2020

BOE 28-9-2020

Registro de la Propiedad de Reus, número 2.

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ARTÍCULO 98 LEY 24/2001 EN CASOS DE AUTOCONTRATO.

Para entender válidamente cumplidos los requisitos contemplados en el artículo 98 de la Ley 24/2001 en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el notario deberá emitir con carácter obligatorio un juicio acerca de la suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido o en relación con aquellas facultades que se pretendan ejercitar. Las facultades representativas deberán acreditarse al notario mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el notario deberá hacer constar en el título que autoriza, no solo que se ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo, sino que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la representación. De acuerdo con la misma doctrina citada, el registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el notario del acto o negocio jurídico documen-

tado y el contenido del mismo título. Dicho de otro modo, deberá calificar que se ha practicado la reseña de modo adecuado y que se ha incorporado un juicio de suficiencia de las facultades del representante, siendo el contenido de este congruente con el acto o negocio jurídico documentado.

El primer defecto debe ser revocado, pues el notario autorizante ha insertado correctamente, conforme al artículo 98.1 de la Ley 24/2001, una reseña identificativa del documento auténtico que se le ha aportado para acreditar la representación alegada, que no puede considerarse incompleta por el hecho de que no haya hecho referencia a unas circunstancias, como son las relativas a la vigencia del poder, que son ajenas al contenido propio de la reseña legalmente exigida. Por lo demás, si el notario autorizante de la escritura otorgada por el apoderado hace un juicio expreso de que el poder que se le exhibe es suficiente para el otorgamiento, cabalmente tendrá que haber apreciado su vigencia. De lo contrario no sería suficiente. Y tal consideración es predicable de toda actuación mediante apoderamiento, pues tanto el poder preventivo a que se refiere el artículo 222.2 del Código civil de Cataluña como cualquier otro poder puede quedar sujeto a término o a cualquier otra circunstancia que afecte su vigencia, sin que exista norma alguna que exija una declaración expresa y sacramental del notario sobre la vigencia de poder que se alega en la actuación representativa de que se trate.

En el caso específico del presente expediente tratándose de un poder general, y teniendo en cuenta la doctrina de nuestro Tribunal Supremo y de la Dirección General al respecto, se precisa que se exprese de manera clara y sin dudas que el autocontrato se encuentra específicamente salvado para el negocio jurídico correspondiente, en este caso, de donación. Por todo ello, en el caso objeto de este expediente, este segundo defecto debe ser confirmado emitir el juicio de suficiencia de facultades representativas acreditadas, el notario debe hacer mención expresa a la facultad de autocontratar o a la autorización para incurrir en conflicto de intereses.

Resolución de 10-8-2020

BOE 30-9-2020

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 3.

CONDICIÓN RESOLUTORIA: CANCELACIÓN.

Se pacta en una escritura de compraventa que, para cancelar la condición resolutoria, sin perjuicio de otorgar escritura de carta de pago, será suficiente una instancia privada con firmas legitimadas notarialmente en la que la parte vendedora interesará «la cancelación de la condición resolutoria por cumplimiento de la misma (pago de la cantidad aplazada) declarará cumplida la condición resolutoria pactada, consintiendo expresamente que se cancele dicha inscripción».

El recurso no puede ser estimado. Del examen de la escritura resulta evidente que no nos encontramos ante la previsión de una cancelación automática, como podría ser la pactada introduciendo un plazo de caducidad de la condición, sino que tal como se ha estipulado la condición resolutoria y su forma de cancelación, se hace necesario que en el futuro documento cancelatorio se emita una declaración de voluntad reconociendo la realidad del completo pago y prestando el consentimiento a la cancelación de la garantía. El artículo 82 de la Ley Hipotecaria en su párrafo primero, y reiterando el criterio general del artículo 3, exige para

cancelar inscripciones o anotaciones practicadas en virtud de escritura pública, o bien sentencia firme o bien escritura o documento auténtico.

El procedimiento registral es rogado, pero una vez iniciado se rige por normas de orden público. No cabe así pactar una hipoteca y modificar convencionalmente el régimen al que estará sometida su ejecución; ni tampoco pactar una condición resolutoria y modificar el régimen jurídico de su operatividad registral (necesidad de requerimiento de pago, consignación de las cantidades y demás requisitos derivados del art. 1504 CC y 59 RH). Tampoco cabe pactar una condición resolutoria y modificar las exigencias estructurales del sistema para su cancelación como son las relativas a las exigencias formales.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

por Servicio de Coordinación RRMM

Resolución de 15-06-2020

BOE 3-8-2020

Registro Mercantil de Cádiz, número II

FORMA CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL. CARÁCTER NORMATIVO DE LOS ESTATUTOS. SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS.

En este expediente debe decidirse si la forma de convocatoria de la junta general que ha adoptado los acuerdos objeto de la certificación calificada (a través de burofax postal tramitado por la plataforma de comunicación «Notificad@s», según consta en la certificación de tales acuerdos incorporada a la escritura) no se ajusta a lo establecido en los estatutos sociales que establecen «(...) mediante comunicación individual y escrita remitida por correo certificado con acuse de recibo a todos los socios (...)». Según doctrina reiterada de esta Dirección General, existiendo previsión estatutaria sobre la forma de llevar a cabo la convocatoria de junta general de socios dicha forma habrá de ser estrictamente observada, sin que quepa la posibilidad de acudir válida y eficazmente a cualquier otro sistema, goce de mayor o menor publicidad, incluido el legal supletorio (entre otras, Resoluciones de 15 de octubre de 1998, 15 de junio y 21 de septiembre de 2015, 25 de abril de 2016, 17 y 25 de octubre de 2018, 2, 9 y 31 de enero, 28 de febrero, 2, 3 y 4 de octubre y 6 de noviembre de 2019 y 1 de abril de 2020), de suerte que la forma que para la convocatoria hayan establecido los estatutos ha de prevalecer y resultará de necesaria observancia cualquiera que la haga, incluida por tanto la convocatoria judicial o registral. El carácter normativo de los estatutos y su imperatividad ha sido puesto de manifiesto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en diversas ocasiones, como las clásicas decisiones de 1958 y 1961 confirmadas por otras posteriores (Sentencia de 30 de enero de 2001). Cuando los estatutos concretan como forma de convocatoria de la junta general el envío de carta certificada con aviso de recibo determinan las características concretas de la comunicación de la convocatoria, sin que sea competencia del órgano de

administración su modificación. Podría admitirse que la convocatoria se hubiera realizado mediante burofax con certificación del acuse de recibo, por ser un sistema equivalente a la remisión de carta certificada con aviso de recibo y que permite al socio disponer de más plazo entre la recepción de la convocatoria y la celebración de la junta. Pero, además, para que pueda admitirse la remisión por burofax con certificación del acuse de recibo es imprescindible que el operador postal sea la «Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.», y así lo ha entendido esta Dirección General en Resoluciones de 2 de enero y 6 de noviembre de 2019. Hay que resaltar, respecto del prestador del servicio postal universal («Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.»), que, como resulta del artículo 22.4 de la Ley 43/2010, únicamente las notificaciones efectuadas por este gozan de «la presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega (...), tanto las realizadas por medios físicos, como telemáticos». En el presente caso en la certificación de los acuerdos sociales consta únicamente que la convocatoria se realizó «mediante burofax», sin que nada se acredite ni se exprese sobre el acuse de recibo de dicha comunicación; y, además, se ha realizado a través de un operador postal distinto del universal. Por ello, debe confirmarse la calificación impugnada.

Resolución de 18-06-2020

BOE 3-8-2020

Registro Mercantil de Palma de Mallorca, número III

VOCES: CONVOCATORIA DE JUNTA. LUGAR DE CELEBRACIÓN DE LA JUNTA. ARTÍCULO 175 LSC. LEGITIMACIÓN REGISTRAL. MODIFICACIÓN DEL OBJETO SOCIAL: CRITERIO DE CALIFICACIÓN.

Una sociedad de responsabilidad limitada eleva a escritura pública los acuerdos adoptados en junta general convocada por el vicepresidente del consejo de administración en ejercicio del cargo de presidente por renuncia del mismo. El registrador señala diversos defectos de los que el notario autorizante solo recurre tres: el relativo a la convocatoria realizada por el vicepresidente cuando de los estatutos inscritos resulta que debe ser realizada por el presidente o dos consejeros; el del lugar de celebración de la junta cuando de los estatutos resulta que podrá ser celebrada en cualquier lugar de España o del extranjero; y el de que no se tiene en cuenta la previsión del artículo 206.1 del Reglamento del Registro Mercantil en relación con el 346 de la Ley de Sociedades de Capital respecto del derecho de separación en caso de modificación del objeto social inscrito. En lo que respecta al defecto relativo a la convocatoria de junta no puede mantenerse porque, resultando del contenido del Registro Mercantil, si el presidente ha renunciado a su cargo no existe motivo alguno que impida aceptar la actuación del vicepresidente en su lugar. Aunque no existe una regulación normativa completa sobre la persona y competencias del vicepresidente del consejo de administración, de la escasa regulación existente (arts. 529 sexies y 529 octies de la Ley de Sociedades de Capital y artículos 94.1. 4.º, 109.1.ª y 146 del Reglamento del Registro Mercantil), cabe deducir que su función mínima es actuar en sustitución del presidente cuando por causa justificada no pueda hacerlo este. Por lo que respecta al segundo defecto, los estatutos de la sociedad prevén la posibilidad de celebrar la junta general en cualquier lugar de España o del extranjero. La norma estatutaria, proveniente de la primera inscripción de la sociedad en el

año 2005, fue dictada al amparo de la normativa entonces vigente (art. 47 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada), cuyo contenido es idéntico al previsto por el actualmente vigente artículo 175 de la Ley de Sociedades de Capital. La Dirección General ha considerado en otras ocasiones que cuando el contenido de los estatutos inscritos es incompatible con la ley como consecuencia de una modificación sobrevenida de esta, prevalece la aplicación de la norma legal como no puede ser de otro modo (ver Resoluciones de 23 de mayo de 2014, 16 de junio y 21 de septiembre de 2015 y 3 de febrero de 2016). Empero, esta doctrina no es de aplicación al supuesto de hecho porque el contenido de los estatutos sociales en este punto fue calificado en su día al amparo de la norma entonces vigente que resulta ser idéntica a la actual como ha quedado expuesto. Aceptar en estas condiciones una revisión de la calificación entonces realizada resulta del todo incompatible con los efectos legitimadores del Registro Mercantil, por lo que procede la estimación del motivo de recurso. Finalmente, el tercer defecto recurrido relativo a la modificación sustancial del “objeto social”, según resulta de la Resolución de la Dirección General de 28 de febrero de 2019, así como la doctrina del Tribunal Supremo implica que sea el criterio de actividad el que debe servir de referencia para determinar si la modificación del objeto social tiene o no el carácter de esencial. Tanto la supresión como la adición de actividades distintas a las que constituían el objeto antes de la modificación merecen tal categorización. En el expediente que nos ocupa, al comparar el texto aprobado con el inscrito es fácil comprobar que se ha añadido la frase «de una eslora no inferior a 24 metros», y se ha suprimido otra: «Y la intermediación y arrendamiento “chárter” de embarcaciones», que resultaba del texto inscrito: «2.1 La sociedad tiene por objeto: la comercialización de embarcaciones y naves deportivas, nuevas o usadas, y la ejecución de mandatos de agencia, de representación o distribución en relación con las mismas. Y la intermediación y arrendamiento “chárter” de embarcaciones...». Resulta claro que la restricción de la actividad a determinadas embarcaciones supone una modificación sustancial de la actividad de la empresa con relación a la situación anterior como resulta claro que la supresión de la actividad de intermediación y arrendamiento chárter supone una limitación de las actividades que la sociedad venía realizando. Hay, en definitiva, una modificación sustancial del conjunto de actividades que conforman el objeto social lo que lleva al supuesto al artículo 346.1.ª de la Ley de Sociedades de Capital y a la confirmación en este punto de la nota del registrador.

Resolución de 02-07-2020

BOE 5-8-2020

Registro Mercantil Central, número I

REGISTRO MERCANTIL CENTRAL. DENOMINACIONES SOCIALES. SEMEJANZA DE DENOMINACIONES.

Solicitada del Registro Mercantil Central por la sociedad «Smarttia Spain, S.L.» certificación negativa respecto a la denominación «Smarttia, Sociedad Limitada», recibió certificación positiva por considerar el registrador que existe identidad entre la misma y la denominación ya existente «Esmartia, Sociedad Limitada», por tener, a su juicio, la misma expresión o notoria semejanza fonética (art. 408.1. 3.ª del Reglamento del Registro Mercantil). Como tiene ya

declarado la Dirección General la atribución de personalidad jurídica a las sociedades mercantiles, al igual que ocurre con otras entidades a las que también se les reconoce aquella, impone la necesidad de asignarles un nombre que las identifique en el tráfico jurídico como sujetos de derecho (art. 23.a) de la Ley de Sociedades de Capital), que se erigen en centro de imputación de derechos y obligaciones. Esa función identificadora exige, lógicamente, que la atribución del nombre se produzca con carácter exclusivo, para evitar que quede desvirtuada si el mismo se asigna a dos entidades diferentes. Por esta razón, en el Derecho societario las leyes consagran ese principio de exclusividad por la vía negativa, al prohibir que cualquier sociedad ostente una denominación idéntica a la de otra sociedad preexistente (art. 7 de la Ley de Sociedades de Capital, y artículo 407 del Reglamento del Registro Mercantil). La identidad de denominaciones no se constriñe al supuesto de coincidencia total y absoluta entre ellas, fenómeno fácilmente detectable, sino que se proyecta a otros casos, no siempre fáciles de precisar, en los que la presencia de algunos elementos coincidentes puede inducir a error sobre la identidad de sociedades. Debe, pues, interpretarse el concepto de identidad a partir de la finalidad de la norma que la prohíbe, que no es otra que la de evitar la confusión en la denominación de las compañías mercantiles. Por eso, como tiene declarado la Dirección General en materia de denominaciones sociales el concepto de identidad debe considerarse ampliado a lo que se llama «cuasi identidad» o «identidad sustancial». La afirmación anterior exige precisar qué se entiende por identidad más allá del supuesto de coincidencia plena o coincidencia textual, es decir qué se reputa como identidad sustancial, entendida como el nivel de aproximación objetiva, semántica, conceptual o fonética que conduzca objetivamente a confusión entre la denominación que se pretende inscribir y otra cuya sustancial proximidad impida a la primera ser un vehículo identificador. Para resolver la cuestión concreta que se plantea en este recurso basta con aplicar el apartado 3 del artículo 408 del Reglamento del Registro Mercantil: «3. Para determinar si existe o no identidad entre dos denominaciones se prescindirá de las indicaciones relativas a la forma social o de aquellas otras cuya utilización venga exigida por la Ley». Debe por tanto confirmarse la calificación impugnada, debido a que existe absoluta identidad entre la denominación solicitada «Smarttia, Sociedad Limitada» y los de otra denominación preexistente «Esmartia, Sociedad Limitada», por lo que la denominación solicitada incurre en el supuesto de identidad contemplado en el artículo 408.1.3.^a del Reglamento del Registro Mercantil.

Resolución de 14-07-2020

BOE 5-8-2020

Registro Mercantil de Valencia, número VII

CONSTITUCIÓN SOCIEDAD LIMITADA. DIFERENCIA ENTRE SOCIEDAD CIVIL PRIVADA Y SOCIEDAD MERCANTIL. CAPITAL SOCIAL. TITULARIDAD DE LOS BIENES APORTADOS. ARTÍCULO 2 DEL REGLAMENTO GENERAL DE VEHÍCULOS.

Mediante la escritura cuya calificación ha motivado el presente recurso se constituye una sociedad de responsabilidad limitada, con la peculiaridad de que aquella es otorgada por dos personas físicas que intervinieron «en su propio nombre y derecho y, al mismo tiempo como únicos socios, al 50%, de la Sociedad

Civil Privada denominada PalletPacket Logistics, S.C.P., constituida en documento privado de 12 de noviembre de 2019, debidamente liquidado el 15 de noviembre de 2019 y provista de C.I.F. número (...),...». En dicha escritura se expresa que la sociedad es constituida por «los señores comparecientes, según intervienen»; que «Los socios fundadores suscriben la totalidad de las participaciones»; que «Para la suscripción antes dicha los suscriptores desembolsan íntegramente su valor nominal en la forma seguidamente determinada (...); y, a continuación, se especifica que cada uno de los dos socios indicados aporta diez euros en dinero y la mitad indivisa de un vehículo que, según el permiso de circulación del vehículo y la autorización provisional de circulación del mismo que se incorporan a la escritura, figura matriculado a nombre de dicha sociedad como titular. Por último, añaden que «Aseguran los aportantes que los bienes descritos les pertenecen en pleno dominio, por justo título, así como que sobre los mismos no pesan cargas, gravámenes, ni embargos, respondiendo de evicción y saneamiento (...)». El registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, «Dado que en la intervención de los otorgantes se hace constar que lo ha sido en nombre propio y a su vez como únicos socios de la sociedad Palletpacket SCP, las participaciones sociales deberían haber sido suscritas por dicha sociedad civil con los requisitos del artículo 63 de la Ley de Sociedades de Capital. Si lo que se pretende es que los intervinientes personas físicas sean los que suscriban a título personal las participaciones sociales, se debería previamente al otorgamiento, adjudicar a los comparecientes el vehículo aportado, bien a través de la correspondiente transmisión, bien mediante la aportación de empresa del artículo 66 de la LSC, bien mediante liquidación por parte de la Sociedad Civil y adjudicación a los socios». El notario recurre alegando en primer lugar que no todas las sociedades civiles constituidas en documento privado tienen personalidad jurídica, pues solo lo serán las que no tengan objeto mercantil y hayan cumplido los requisitos de forma y de publicidad establecidos. En segundo lugar, entiende el recurrente que para el caso que nos ocupa, parece claro que la intención fue solo la de dedicar el coche al transporte y ejercer una actividad mercantil entre dos personas, que optaron por la sociedad civil, por otro lado y en tercer lugar la aportación la hacen los socios, no siendo necesario que sean los titulares y finalmente se alega que en el Registro Mercantil se inscribe la constitución de la sociedad limitada, con las correspondientes aportaciones, no las titularidades de bienes ni sus transmisiones. El fondo de este recurso radica respecto de la constitución de la sociedad el objeto propio de la inscripción en el Registro Mercantil no son los singulares negocios de asunción de las nuevas participaciones creadas, y las consiguientes titularidades jurídico-reales que se derivan de ellos, sino el hecho de que la aportación cubre la cifra del capital social. No obstante, entre las circunstancias que deben constar en la inscripción de la sociedad se encuentran precisamente las aportaciones que cada socio realice; y, por ello, el registrador debe calificar que el negocio de aportación quede suficiente y correctamente determinado en la escritura de constitución de la sociedad. En relación con la escritura calificada en el presente caso, debe tenerse en cuenta que una de las aportaciones es un vehículo del cual se incorpora el permiso de circulación y la autorización provisional de circulación, en los que figura matriculado a nombre de la sociedad civil referida. Según el artículo 2 del Reglamento General de Vehículos, el Registro de Vehículos está encaminado preferentemente —entre otros extremos citados en tal precepto— a la identificación del titular del vehículo y al conocimiento de las características técnicas del mismo; tendrá carácter puramente administrativo, y los datos que figuren en él no prejuzgarán las cuestiones de propiedad, cumplimientos de contratos y, en general,

cuantas cuestiones de naturaleza civil o mercantil puedan suscitarse respecto a los vehículos. No obstante, el carácter administrativo de dicha titularidad derivada del Registro de Vehículos no es irrelevante, en tanto en cuanto tiene trascendencia, por ejemplo, a efectos del Registro de Bienes Muebles, pues la Instrucción de 3 de diciembre de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, desarrollando la de 23 de octubre de 2001 que aprueba la cláusula autorizatoria para la presentación telemática de contratos en el Registro de Bienes Muebles y resolviendo otras cuestiones con relación al mismo, en su apartado 7.º, dispone que: «Cuando se solicite la inscripción de un contrato sobre un vehículo que aparezca en el Registro de Bienes Muebles inscrito a favor de persona distinta del transmitente, podrá practicarse la cancelación del asiento contradictorio y la nueva inscripción a favor del adquirente, siempre que se acompañe certificación del Registro de Vehículos de la Dirección General de Tráfico acreditativa de que en el mismo aparece como titular vigente el transmitente, y haya transcurrido el plazo de un mes sin que el titular registral se haya opuesto (...)». Y, según el apartado 14.º de la misma Instrucción: «Los Registradores seguirán utilizando como instrumento auxiliar en su calificación el sistema de interconexión informática entre el Registro de Vehículos y el Registro de Bienes Muebles, objeto del convenio entre este Centro Directivo y la Dirección General de Tráfico de 20 de mayo de 2000, suscrito en virtud de lo dispuesto en el artículo 6, apartado 3, de la Orden del Ministerio de Justicia de 19 de julio de 1999, de manera que podrán fundar la suspensión de la inscripción o anotación preventiva en la existencia de titularidades contradictorias obrantes en el Registro de Vehículos, siempre teniendo en cuenta que la presunción de existencia y titularidad del derecho solo deriva de los asientos del Registro de Bienes Muebles». A estas consideraciones debe añadirse que en la escritura calificada no se expresan suficientemente las circunstancias relativas a la sociedad civil referida y los efectos a los que se indica que las personas físicas comparecientes, además de intervenir en su propio nombre y derecho, lo hacen, «al mismo tiempo como únicos socios, al 50%, de la Sociedad Civil». Así, se añade que la sociedad es constituida por «los señores comparecientes, según intervienen»; y, por las restantes especificaciones de la escritura, no queda suficientemente determinado —con la claridad y precisión exigibles de todo instrumento público, *ex* artículo 148 del Reglamento Notarial— si la aportación del vehículo la efectúan como socios de la sociedad civil y en nombre de esta; o la realizan como personas físicas pero con consentimiento de la sociedad civil titular administrativa y propietaria del mismo; o, por el contrario, realizan la aportación como personas físicas propietarias reales del vehículo aportado (y en este caso falta la suficiente expresión del título dominical correspondiente frente a la titularidad administrativa del vehículo). Por todo ello, el recurso no puede ser estimado.

Resolución de 14-07-2020
BOE 5-8-2020
Registro Mercantil de Asturias

DIFERENCIAS ENTRE «RESERVA DE DOMINIO» Y «LEASING O ARRENDAMIENTO FINANCIERO». CONCURSO. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONCURSO JUDICIAL.

Con fecha 28 de enero de 2020, se presenta mandamiento, en que se inserta auto de 16 de enero de 2020, en el que se autoriza al levantamiento de la reserva

de dominio que pesa sobre el siguiente bien: vehículo marca (...) modelo (...), matrícula (...). Se ordena así por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo, encargado de resolver el concurso núm. 88/2014, seguido contra la arrendataria financiera del vehículo doña S. A. D., una vez se ha autorizado judicialmente la venta del referido vehículo. La registradora suspende la cancelación de la reserva de dominio porque lo que consta inscrito es un arrendamiento financiero. La administradora concursal en sustitución de las facultades de administración y disposición de la deudora, recurre la calificación alegando que la venta del vehículo se hizo dentro de un plan de liquidación autorizado judicialmente en el que el Banco arrendador financiero no ha recurrido y que se ordenó la cancelación de las cargas anteriores. La reserva de dominio y el arrendamiento financiero, aunque algún sector doctrinal haya visto alguna similitud, son figuras jurídicas fundamentalmente distintas y así lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Existe entre la reserva de dominio y el arrendamiento financiero una diferencia esencial: en la compraventa a plazos, al finalizar el contrato, se le transmite directamente la propiedad del bien al comprador cuando cumple con el pago de la última cuota. Es decir, el pago de todas las cuotas estipuladas determinará irremediabilmente la adquisición de la propiedad del bien, porque esta es la única finalidad del contrato: la transmisión de la propiedad. Sin embargo, en el arrendamiento financiero, no solo se pacta una contraprestación fraccionada por el uso de la cosa, sino que además debe existir siempre una opción de compra. No solo por definición son distintas estas figuras jurídicas, también en el ámbito concursal los bienes cedidos en leasing son titularidad del arrendador financiero, por lo que —a diferencia de los bienes con pacto de reserva de dominio— no deben ser incluidos en el inventario, debiendo figurar únicamente el derecho de uso sobre los mismos. La Dirección General en la Resolución de 20 de septiembre de 2018 recuerda como *el registrador puede calificar la congruencia del plan de liquidación aprobado judicialmente con la normativa registral*. Por otro lado, la RDGRN de 18 de enero de 2018 «la función calificadora del registrador incluye ese juicio de congruencia, es decir, el juicio sobre la validez del acto dispositivo por su conformidad a esas reglas. Conforme a la normativa vigente, no puede ponerse en duda que el registrador, al analizar una operación de liquidación inscribible en el Registro, debe calificar si la operación es o no conforme con el plan de liquidación aprobado por el juez, con o sin modificaciones, o, en defecto de aprobación o de específica previsión, con las reglas legales supletorias. La STS de 21 de noviembre de 2017, precisamente en un recurso contra una RDGRN, expresamente considera el alto tribunal que es una cuestión calificable por el registrador. El mandamiento debe constar expresamente el cumplimiento del plan de liquidación y los requisitos exigidos por la legislación concursal sin que baste afirmarlo o acreditarlo en el recurso. En los mismos términos se pronuncia la STS de 4 de junio de 2019. En definitiva, en el caso objeto de este expediente es cierto que hay aprobado un plan de liquidación por el juez del concurso en el que se ordena la cancelación. Pero también es cierto que existe un claro obstáculo registral, al ordenarse el levantamiento de una reserva de dominio inexistente, sin que el juez haya podido pronunciarse con conocimiento de causa sobre la inclusión o no del activo en el inventario y sobre la procedencia o no de incluirlo en el plan de liquidación. Sea cual sea la decisión que tome el juez del concurso sobre incluir el activo o no en el plan de liquidación, siempre será sobre la base de que los datos aportados al expediente sean correctos —en particular congruente el inventario con los registros públicos—, de manera que no basta registralmente para cancelar un arrendamiento financiero sobre un

vehículo el mandamiento judicial en el que en el plan de liquidación aprobado expresamente se ordena la cancelación de una reserva de dominio, que como se ve son conceptualmente distintos y que tiene o puede tener consecuencias diversas en su tratamiento concursal. El defecto no obstante es fácilmente subsanable, mediante mandamiento complementario, en el que el juez expresamente cancele el arrendamiento financiero registrado, y no la reserva de dominio inexistente, si entendiera que quiere dar a aquel el mismo tratamiento concursal que a una reserva de dominio. Por todo ello, el recurso no puede prosperar.

Resolución de 27-07-2020

BOE 6-8-2020

Registro Mercantil Central, número III

REGISTRO MERCANTIL CENTRAL. DENOMINACIONES SOCIALES. SEMEJANZA DE DENOMINACIONES.

Solicitada del Registro Mercantil Central por un interesado certificación negativa respecto a la denominación «ASC @ Energy, S.L.», recibió certificación positiva por considerar el registrador que presenta un nivel de coincidencia con las existentes «AS Energy, S.L.», «AQS Energías, S.L.», «ART Energy, S.L.» y «Arsenergy, S.L.» que podría dar lugar a errores de identidad. Como tiene ya declarado la Dirección General la atribución de personalidad jurídica a las sociedades mercantiles, al igual que ocurre con otras entidades a las que también se les reconoce aquella, impone la necesidad de asignarles un nombre que las identifique en el tráfico jurídico como sujetos de derecho [(art. 23.a) de la Ley de Sociedades de Capital], que se erigen en centro de imputación de derechos y obligaciones. Esa función identificadora exige, lógicamente, que la atribución del nombre se produzca con carácter exclusivo, para evitar que quede desvirtuada si el mismo se asigna a dos entidades diferentes. Por esta razón, en el Derecho societario las leyes consagran ese principio de exclusividad por la vía negativa, al prohibir que cualquier sociedad ostente una denominación idéntica a la de otra sociedad preexistente (art. 7 de la Ley de Sociedades de Capital, y art. 407 del Reglamento del Registro Mercantil). La identidad de denominaciones no se construye al supuesto de coincidencia total y absoluta entre ellas, fenómeno fácilmente detectable, sino que se proyecta a otros casos, no siempre fáciles de precisar, en los que la presencia de algunos elementos coincidentes puede inducir a error sobre la identidad de sociedades. Debe, pues, interpretarse el concepto de identidad a partir de la finalidad de la norma que la prohíbe, que no es otra que la de evitar la confusión en la denominación de las compañías mercantiles. Por eso, como tiene declarado la Dirección General en materia de denominaciones sociales el concepto de identidad debe considerarse ampliado a lo que se llama «cuasi identidad» o «identidad sustancial». La afirmación anterior exige precisar qué se entiende por identidad más allá del supuesto de coincidencia plena o coincidencia textual, es decir qué se reputa como identidad sustancial, entendida como el nivel de aproximación objetiva, semántica, conceptual o fonética que conduzca objetivamente a confusión entre la denominación que se pretende inscribir y otra cuya sustancial proximidad impida a la primera ser un vehículo identificador. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, en el presente supuesto no puede confirmarse la calificación impugnada, toda vez que aun cuando existe una cierta semejanza gráfica, y también fonética, entre

los términos «ASC & Energy» y los de otras denominaciones preexistentes, «AS Energy», «AQS Energías», «ART Energy», «Arsenergy» y aunque, según el artículo 408.3 del Reglamento del Registro Mercantil, para determinar si existe o no identidad entre dos denominaciones se prescindirá de las indicaciones relativas a la forma social, lo cierto es que esas mínimas diferencias gramaticales tienen como resultado que se trate de denominaciones claramente distinguibles a los efectos de la exigencia legal de identificación, según ha quedado anteriormente expuesto. La Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación del registrador.

Resolución de 28-07-2020

BOE 7-8-2020

Registro Mercantil de Madrid, número XII

BAJA PROVISIONAL EN EL ÍNDICE DE ENTIDADES AEAT. REVOCACIÓN DEL NÚMERO DE IDENTIDAD DE LA SOCIEDAD. CIERRE POR FALTA DE DEPÓSITO DE CUENTAS. CALIFICACIÓN CONJUNTA DOCUMENTOS PRESENTADOS. RECURSO GUBERNATIVO SE LIMITA A DOCUMENTOS CALIFICADOS.

Presentada a inscripción escritura de elevación a público de acuerdos sociales de cese y nombramiento de administrador único, es objeto de calificación negativa por siete motivos distintos. De ellos los recurrentes no discuten el primero relativo a la falta de provisión del coste de publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil», aunque hacen algunos comentarios sobre lo que a su juicio constituye una práctica habitual. El registrador por su parte informa que ya se ha realizado el depósito correspondiente por lo que esta Resolución se referirá únicamente al resto de cuestiones planteadas. Por lo que se refiere a los defectos numerados con los números dos y tres relativos al hecho de que consta en el Registro Mercantil que la sociedad se encuentra dada de baja provisional en el Índice de Entidades de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, así como que su número de identificación fiscal ha sido objeto de revocación no cabe sino confirmar plenamente la calificación. Conforme a la normativa vigente el acuerdo de baja provisional será notificado al registro público correspondiente, que deberá proceder a extender en la hoja abierta a la entidad afectada una nota marginal en la que se hará constar que, en lo sucesivo, no podrá realizarse ninguna inscripción que a aquella concierna sin presentación de certificación de alta en el índice de entidades. Por otro lado, al hecho de que resulta del contenido del Registro el hecho de la revocación del número fiscal de la sociedad, la disposición adicional sexta de la Ley 58/2003, de 17 diciembre, General Tributaria que dispone lo siguiente en su cuarto apartado: «Cuando la revocación se refiera a una entidad, la publicación anterior también determinará que el registro público en que esté inscrita, en función del tipo de entidad de que se trate, proceda a extender en la hoja abierta a la entidad a la que afecte la revocación una nota marginal en la que se hará constar que, en lo sucesivo, no podrá realizarse inscripción alguna que afecte a esta, salvo que se rehabilite dicho número o se asigne un nuevo número de identificación fiscal». El efecto de cierre total de la hoja social es el mismo tanto en el supuesto de baja provisional en el Índice de Entidades como en el de revocación del número de identificación fiscal, sin perjuicio de que la práctica de cada una de estas notas marginales así como su cancelación se practique en virtud de títulos igualmente distintos. También debe ser confirmado el defecto

relativo a la imposibilidad de practicar las inscripciones solicitadas por encontrarse cerrada la hoja de la sociedad como consecuencia de no haberse depositado las cuentas correspondientes a los ejercicios 2015, 2016 y 2017. La Resolución de la Dirección General de 10 de junio de 2020, respecto de las consecuencias que se derivan del incumplimiento de la obligación de depositar las cuentas anuales, el claro mandato normativo contenido en el artículo 282 de la Ley del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, así como en el artículo 378 y en la disposición transitoria quinta del Reglamento del Registro Mercantil, no dejan lugar a dudas: transcurrido más de un año desde la fecha del cierre del ejercicio social sin que se haya practicado en el Registro Mercantil el depósito de las cuentas anuales debidamente aprobadas, no puede inscribirse documento alguno relativo a la sociedad mientras el incumplimiento persista, salvo las excepciones expresamente previstas y entre ellas la relativa al cese o dimisión de administradores, aunque no el nombramiento de quienes hayan de sustituirles en dicho cargo. De acuerdo con la regulación expuesta debería poder inscribirse el cese del administrador único pero la concurrencia de las notas marginales de baja provisional y de revocación del número de identificación fiscal lo impide. Por lo que se refiere a los defectos relativos a diversos documentos presentados con posterioridad al que es objeto de calificación y que ha sido, igualmente, calificado con defectos. Es doctrina consolidada de la Dirección General (*vid.* las Resoluciones de 17 de marzo de 1986, 25 de junio de 1990, 13 de febrero y 25 de julio de 1998, 29 octubre de 1999, 28 de abril de 2000, 31 de marzo de 2001, 5 de junio y 20 de diciembre de 2012, 3 de julio de 2013, 31 de enero y 2 de agosto de 2014, 29 de enero de 2018 y 15 y 23 de julio de 2019), 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 un registro de personas como es el Registro Mercantil, el llamado principio de prioridad no puede tener el mismo alcance que en un registro de bienes. Por ello, aunque el artículo 10 del Reglamento del Registro Mercantil haga una formulación de tal principio, 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). No obstante, al amparo del artículo 326 de la Ley Hipotecaria, no puede discutirse en el ámbito de este expediente la validez del documento presentado con posterioridad al exceder por completo de lo que constituye su objeto. La pretensión de que se abra la hoja social para que luego el administrador lleve a cabo los actos precisos para esa apertura es inviable por contradecir frontalmente el contenido del artículo 378 del Reglamento del Registro Mercantil que si bien permite que la falta de acreditación se haga «en cualquier tiempo» (número 7), exige que sea con carácter previo a la práctica de cualquier asiento (número 1). Establecido lo anterior el defecto señalado con el número 5 no podría mantenerse tal y como aparece formulado en la resolución del registrador por carecer de fundamentación que justifique la necesidad de despacho previo requerida, privando al interesado (y a la Dirección General enalzada), de la motivación a combatir en su escrito de recurso. Lo que ocurre es que es en el siguiente número donde el registrador señala dicha fundamentación señalando la evidente contradicción

entre la certificación aportada por la sociedad de la que resulta la no aprobación de las cuentas del ejercicio 2016 y el contenido del documento posteriormente presentado, un acta notarial, de la que resulta lo contrario. Procede por tanto la desestimación del motivo de recurso. El mismo destino merece el último de los defectos señalados habida cuenta de que la escritura presentada a inscripción es el traslado a papel de copia electrónica emitida a los efectos de notificar al administrador cesado el hecho del cese, tal y como resulta de los hechos. El hecho de que acompañando al escrito de recurso se presente a este expediente de recurso otra copia no desvirtúa la conclusión anterior habida cuenta de que, como es doctrina reiterada, el expediente de recurso no es adecuado para la subsanación de defectos señalados en la calificación (Resolución de 6 de marzo de 2017), ni puede tener en cuenta documentos distintos a aquellos en virtud de los que el registrador llevó a cabo su calificación (Resoluciones de 22 de mayo y 14 de diciembre de 2017, entre otras). Por todo ello se desestima el recurso y se confirma la calificación del registrador.

Resolución de 28-07-2020

BOE 7-8-2020

Registro Mercantil Central, número I

REGISTRO MERCANTIL CENTRAL. DENOMINACIONES SOCIALES. SEMEJANZA DE DENOMINACIONES.

Solicitada del Registro Mercantil Central por la sociedad «MJI Ingeniería Ambiental y de Energía Renovable, S.L.», certificación negativa respecto de las denominaciones «MJI Inversiones Patrimoniales, Sociedad Limitada» e «Inversiones Patrimoniales MJI, Sociedad Limitada», recibió certificación positiva por considerar el registrador que existe identidad entre las mismas y las denominaciones ya existentes «Inversiones Patrimoniales, S.A.», «MMC Inversiones Patrimoniales, Sociedad Limitada» y «DLI Inversiones Patrimoniales, Sociedad Limitada», porque, a su juicio, el empleo de las partículas «MJI», «MMC» y «DLI», contenidos en las denominaciones solicitadas y existentes, respectivamente, debe incluirse en el supuesto contemplado en el artículo 408.1.2.^a del Reglamento del Registro Mercantil, según el cual se entiende que hay identidad cuando se utilicen las mismas palabras con la adición o supresión de términos o expresiones genéricas o accesorias, o de artículos, adverbios, preposiciones, conjunciones, acentos, guiones, signos de puntuación u otras partículas similares, de escasa significación. Como tiene ya declarado la Dirección General la atribución de personalidad jurídica a las sociedades mercantiles, al igual que ocurre con otras entidades a las que también se les reconoce aquella, impone la necesidad de asignarles un nombre que las identifique en el tráfico jurídico como sujetos de derecho (art. 23.a) de la Ley de Sociedades de Capital), que se erigen en centro de imputación de derechos y obligaciones. Esa función identificadora exige, lógicamente, que la atribución del nombre se produzca con carácter exclusivo, para evitar que quede desvirtuada si el mismo se asigna a dos entidades diferentes. Por esta razón, en el Derecho societario las leyes consagran ese principio de exclusividad por la vía negativa, al prohibir que cualquier sociedad ostente una denominación idéntica a la de otra sociedad preexistente (art. 7 de la Ley de Sociedades de Capital, y art. 407 del Reglamento del Registro Mercantil). La identidad de denominaciones no se constriñe al supuesto

de coincidencia total y absoluta entre ellas, fenómeno fácilmente detectable, sino que se proyecta a otros casos, no siempre fáciles de precisar; en los que la presencia de algunos elementos coincidentes puede inducir a error sobre la identidad de sociedades. Debe, pues, interpretarse el concepto de identidad a partir de la finalidad de la norma que la prohíbe, que no es otra que la de evitar la confusión en la denominación de las compañías mercantiles. Por eso, como tiene declarado la Dirección General en materia de denominaciones sociales el concepto de identidad debe considerarse ampliado a lo que se llama «cuasi identidad» o «identidad sustancial». La afirmación anterior exige precisar qué se entiende por identidad más allá del supuesto de coincidencia plena o coincidencia textual, es decir qué se reputa como identidad sustancial, entendida como el nivel de aproximación objetiva, semántica, conceptual o fonética que conduzca objetivamente a confusión entre la denominación que se pretende inscribir y otra cuya sustancial proximidad impida a la primera ser un vehículo identificador. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, en el presente supuesto debe confirmarse la calificación impugnada en la parte de la misma según la cual se entiende que hay identidad de denominaciones en caso de utilización de las mismas palabras en diferente orden, género o número, como es el caso de la primera y segunda opción solicitada, «MJI Inversiones Patrimoniales, Sociedad Limitada», o «Inversiones Patrimoniales MJI, Sociedad Limitada», no siendo el orden de los términos relevante a la hora de calificar la denominación. No obstante, debe correr distinta suerte el resto de la calificación impugnada, en cuanto considera el registrador que la utilización de la partícula «MJI» contenida en las denominaciones solicitadas no es suficiente para destruir la apariencia de identidad sustancial respecto de las denominaciones preexistentes «Inversiones Patrimoniales, S.A.», «MMC Inversiones Patrimoniales, Sociedad Limitada» y «DLI Inversiones Patrimoniales, Sociedad Limitada». Aun reconociendo que se trata de una tarea compleja, que no empaña la diligencia observada en la calificación que se recurre, debe entenderse que las denominaciones denegadas no incurrir en la prohibición de identidad, y que por ello pueden considerarse como nuevas, por cuanto se aprecia que el término o signo distintivo, constituido por la referida partícula («MJI»), es suficiente para diferenciar las denominaciones, cuya coincidencia se cuestiona en este recurso, sin que se aprecie suficiente semejanza gráfica o fonética susceptible de inducir a error entre ambas. Como ocurriera en los casos contemplados en las Resoluciones de la Dirección General de 4 de octubre de 2001 («B. S. C., SA». y «B. S. C. H., S.A.», que entendió que «en este caso la letra «H.» no puede considerarse que tenga un alcance diferenciador irrelevante), en la de 26 de marzo de 2003 (que consideró que «BBDO» y «BDS» tienen alcance diferenciador relevante, no solo gráficamente, sino también desde el punto de vista fonético) y especialmente en la de 31 de noviembre de 2011 (según la cual no concurre identidad entre las denominaciones «HR Abogados, S.L.» y la preexistente de «FR Abogados, S.L.») debe entenderse ahora que tampoco concurre identidad sustancial entre las denominaciones solicitadas y las preexistentes «MMC Inversiones Patrimoniales, Sociedad Limitada» y «DLI Inversiones Patrimoniales, Sociedad Limitada», toda vez que la pronunciación las partículas de las mismas («MJI», «MMC» y «DLI», respectivamente) exigen su delecto con el resultado de que la representación de sonidos que los vocablos en cuestión implican tienen suficiente virtualidad y entidad distintiva, dada su diverso alcance sonoro, para evitar que exista confusión entre las mismas. Por todo lo anteriormente expuesto, la Dirección General estima parcialmente el recurso.

Resolución de 07-01-2020

BOE 23-9-2020

Registro Mercantil de Pontevedra, número III.

CALIFICACIÓN: MOTIVACIÓN NECESARIA. ARTÍCULO 19 BIS DE LA LEY HIPOTECARIA. RECURSO GUBERNATIVO: LIMITADO A MOTIVACIÓN DE LA NOTA RECURRIDA.

Por el presente recurso se pretende la inscripción de una disposición de los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada, bajo el epígrafe «Órganos de administración», por la cual «la sociedad se regirá a elección de la Junta (...) c) Por dos administradores mancomunados. d) Por varios administradores mancomunados, con un mínimo de tres y un máximo de siete, actuando siempre, de forma conjunta, todos los designados. e) Por varios administradores mancomunados, con un mínimo de tres y un máximo de siete, de los que actuarán dos, cualesquiera en forma conjunta. f) (...)». Según la calificación impugnada, la registradora rechaza la inscripción de dicha disposición porque considera que, en la redacción de dicho artículo de los estatutos sociales, los apartados d) y e) son contradictorios entre sí; y, como fundamento, cita los artículos 210 y 233 de la Ley de Sociedades de Capital y 185 del Reglamento del Registro Mercantil.

Es doctrina de la Dirección General que 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. Por ello, el momento procedimental, único e idóneo, en el que el registrador ha de exponer todas y cada una de las razones que motivan su decisión de denegar la práctica del asiento solicitado es el de la calificación (art. 19 bis LH). De este modo, serán efectivas las garantías del interesado recurrente, quien al conocer en el momento inicial los argumentos en que el registrador funda jurídicamente su negativa a la inscripción solicitada podrá alegar los fundamentos de Derecho en los que apoye su tesis impugnatoria.

En el caso que nos ocupa se revoca la calificación de la registradora porque en su calificación se limita a objetar que determinados apartados de la disposición estatutaria son contradictorios y a citar ciertos preceptos, y solo posteriormente, en su preceptivo informe (aunque en el mismo no cabe aducir nuevos fundamentos o razones en defensa de la nota de calificación), indica que tal disposición estatutaria otorga inevitablemente a la junta general la decisión sobre la forma de ejercitar el poder de representación sin necesidad de modificar los estatutos, en contra de lo establecido en el artículo 233.2 de la Ley de Sociedades de Capital y de la doctrina de la Dirección General.

Resolución de 07-01-2020.

BOE 23-9-2020

Registro Mercantil de Sevilla, número III.

REVOCACIÓN DE NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN FISCAL. CIERRE DE LA HOJA SOCIAL.

En este expediente debe decidirse si es o no fundada en Derecho la calificación del registrador mercantil por la que suspende el depósito de las cuen-

tas anuales de la sociedad referida porque esta tiene revocado el Número de Identificación Fiscal por Resolución del Departamento de Gestión Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de 1 de marzo de 2018. No puede tomarse en consideración la Resolución de la Agencia Tributaria de 9 de marzo de 2004 por la que se anuló el mandamiento de baja en el Índice de Entidades de la Agencia Estatal de Administración Tributaria por no aportarse en el momento oportuno del procedimiento, es decir, la calificación. Respecto de la cuestión de fondo debatida, el cierre de la hoja de la sociedad trae causa de la disposición adicional sexta de la Ley 58/2003, de 17 diciembre, General Tributaria, que dispone lo siguiente en su cuarto apartado: «La publicación de la revocación del número de identificación fiscal asignado a las personas jurídicas o entidades en el “Boletín Oficial del Estado” determinará... que el registro público correspondiente, en función del tipo de entidad de que se trate, proceda a extender en la hoja abierta a la entidad a la que afecte la revocación una nota marginal en la que se hará constar que, en lo sucesivo, no podrá realizarse inscripción alguna que afecte a esta, salvo que se rehabilite dicho número o se asigne un nuevo número de identificación fiscal».

El efecto de cierre total de la hoja social es el mismo tanto en el supuesto de baja provisional en el Índice de Entidades como en el de revocación del número de identificación fiscal, sin perjuicio de que la práctica de cada una de estas notas marginales así como su cancelación se practique en virtud de títulos igualmente distintos. Por ello, la calificación del registrador mercantil debe ser confirmada.

**ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES**

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Competencia judicial en materia
de responsabilidad parental y residencia
habitual del menor (los criterios
interpretativos del interés superior del menor,
y, el criterio de proximidad)*

*Judicial jurisdiction in matters of parental
responsibility and habitual residence
of the minor (the interpretive criteria
of the best interests of the minor,
and the proximity criterion)*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora titular de Derecho civil. UCM

RESUMEN: Los órganos jurisdiccionales de un Estado serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional. Como *excepción*, el Estado de la anterior residencia habitual del menor mantendrá la competencia durante los tres meses siguientes al cambio de residencia, si el titular del derecho de visita con arreglo a una resolución judicial continúa residiendo habitualmente en el Estado de la anterior residencia habitual del menor.

* 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 courts of a State shall be competent in matters of parental responsibility with respect to a minor who habitually resides in that State at the time the matter is brought before the court. As an exception, the State of the minor's previous habitual residence will maintain jurisdiction during the three months following the change of residence, if the holder of the right to visit pursuant to a court decision continues to habitually reside in the State of the child's previous habitual residence.

PALABRAS CLAVE: Competencia judicial. Responsabilidad parental. Residencia habitual. Interés superior del menor. Criterio de proximidad.

KEY WORDS: *Judicial jurisdiction. Parental responsibility. Habitual residence. Best interest of the minor. Proximity criterion.*

SUMARIO: I. JUSTIFICACIÓN DEL ASUNTO A TRATAR.—II. RESIDENCIA DEL MENOR Y COMPETENCIA.—III. MANTENIMIENTO DE LA COMPETENCIA DEL ESTADO MIEMBRO DE LA ANTERIOR RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR: LA EXCEPCIÓN DE LOS TRES MESES.—IV. SUPUESTOS ESPECÍFICOS EN TORNO A LA RESIDENCIA DEL MENOR: *EL MENOR DE VIDA ERRANTE*.—V. TÉCNICAS INTERPRETATIVAS UTILIZADAS POR EL TJUE EN RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD PARENTAL: 1. PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. 2. PRINCIPIO DE PROXIMIDAD.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—VIII. LEGISLACIÓN CITADA.

I. JUSTIFICACIÓN DEL ASUNTO A TRATAR

La SAP de Segovia, S. 402/2019, 5 de diciembre de 2019¹, que emana doctrina relevante es la que ha dado pie a este comentario. La finalidad principal del Tribunal de Justicia es interpretar la legislación europea, a través de los casos que se le presentan. El objeto de nuestro pequeño estudio se centra en cómo se lleva a cabo la interpretación de algunos preceptos del *Reglamento (CE) n. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental*², en ámbitos referidos a responsabilidad parental en conexión con la *residencia habitual* del menor... con el foco puesto en el *traslado y/o retención ilícita* del menor por uno de sus progenitores a efectos de determinar la competencia judicial y si nuestros tribunales pueden conocer del asunto.

Los tribunales nacionales deben garantizar que la legislación europea se aplique correctamente pero, como vamos a ver, a veces los tribunales de los distintos Estados miembros interpretan el articulado del Reglamento de distintas maneras. De modo que si un tribunal nacional de un Estado miembro tiene dudas sobre la interpretación de algún artículo pide a través de la cuestión prejudicial una clarificación al Tribunal de Luxemburgo. El mismo mecanismo puede utilizarse para determinar si una normativa o práctica nacional es compatible con la legislación europea.

La relación entre los tribunales de jurisdicción ordinaria de cada uno de los Estados miembros y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea nos indica que los sujetos del diálogo jurisdiccional en el marco de la responsabilidad parental son dos partes: el diálogo siempre es bilateral. Estamos ante jurisdicciones diferentes —la de cada Estado miembro y la de la Unión Europea— pero con tribunales con competencias unitarias. Estamos ante una colaboración —diálogo horizontal, en plano de igualdad exento de jerarquía—, basado en el deber de cooperación.

Las interpelaciones directas que se realizan a través de las cuestiones prejudiciales sobre dudas a cuestiones prácticas concretas posibilitan, a través de su eficacia transformadora, la unificación de derechos en el ámbito de *responsabilidad parental*. Así se crea un espacio europeo sobre derechos referidos al ámbito de la responsabilidad parental, que principalmente afecta a menores, en dos niveles jurisdiccionales: el interno y el de la Unión Europea. Y lo que es más importante convierte al TJUE en el garante del *interés superior del menor*.

Pues bien, en este pequeño comentario vamos a referirnos a la *competencia judicial* de los tribunales españoles que es *apreciable de oficio*, y no es de libre disposición para las partes, según dispone el artículo 38 LEC y el artículo 17 del Reglamento, conforme al cual el órgano jurisdiccional de un Estado miembro, en el supuesto de que carezca de toda competencia, deberá declararse de oficio incompetente sin estar obligado a remitir el asunto a otro órgano jurisdiccional en materia de responsabilidad parental³.

Además, el considerando décimo segundo del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 se refiere a las normas de competencia en materia de responsabilidad parental y están concebidas en *función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad*.

II. RESIDENCIA DEL MENOR Y COMPETENCIA

En cualquier tema referido a la responsabilidad parental es aplicable el Reglamento comunitario 2201/2003 que en su artículo 8 establece que *los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional*.

El concepto de *residencia habitual* a efectos de dicha competencia ha sido precisado por el TJUE con el siguiente criterio: «La *mera presencia física* del menor en un Estado miembro, en cuanto norma subsidiaria respecto de la enunciada en el artículo 8 del Reglamento, *no puede bastar* para determinar la residencia habitual del menor».

La determinación de qué debe considerarse *residencia habitual* debe hacerse en función del *interés superior del menor*, y en particular en función del *criterio de proximidad*. El concepto de residencia habitual de los *menores es específico* y no puede identificarse con el concepto de residencia habitual en otros ámbitos del Derecho de la Unión Europea⁴.

Pero es que además el artículo 8,1.º del Reglamento, debe interpretarse teniendo en cuenta el *lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar*, y en particular, *la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos, así como las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene en el referido Estado*⁵.

Cuestiones que se tienen en cuenta en la sentencia que ha dado pie a este comentario la SAP de Segovia, donde se concreta que el menor ha residido junto con su madre y otros familiares en Lisboa hasta la fecha actual (de la sentencia) donde tiene su arraigo sus costumbres, hábitos, colegio, amigos etc. La madre además es de nacionalidad portuguesa⁶.

En los últimos años ha habido varios pronunciamientos de nuestros tribunales en torno a su competencia para entrar a conocer del asunto.

El Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de Getafe de 9 de julio de 2010⁷ en el supuesto del divorcio de rumanos residentes en España, entiende que hay falta de competencia internacional del tribunal español para resolver sobre las pretensiones relativas a las dos *hijas comunes menores de edad que residen en Rumania*. El artículo 12 del Reglamento 2201/2003 establece que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se ejerza la competencia en una demanda de divorcio tendrán competencia en las cuestiones relativas a la responsabilidad parental vinculadas a dicha demanda: a) cuando al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el menor; y b) cuando la competencia de dichos órganos jurisdiccionales haya sido aceptada expresa o inequívocamente por los cónyuges. Pues bien, tal precepto no puede ser aplicado al caso de autos ya que *las dos hijas menores se encuentran en Rumania, bajo el cuidado de la abuela paterna, sin que ninguno de los cónyuges ejerza, pues, de hecho la responsabilidad parental de las mismas*.

Resulta interesante también la SAP de Salamanca de 29 de noviembre de 2006⁸, que otorgó la *competencia de los tribunales españoles* para resolver sobre el régimen de visitas del padre a su hijo, que residía en Holanda con su madre. Aunque el artículo 8 del Reglamento 2201/2003, establece como criterio de competencia general en materia de responsabilidad parental, que serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que resida habitualmente el menor, en el caso, la *madre admitió expresamente la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles por el simple hecho de interponer ella misma la demanda de divorcio y modificación de medidas en España*. Al negar posteriormente, vía desistimiento, la competencia del tribunal cuando ya había asumido plenamente esa competencia desde el principio al interponer su escrito de demanda, la actora va en contra de *sus propios actos*.

La STJUE de 2 de abril de 2009⁹ fue la pionera en concretar que «La duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos y las relaciones familiares y sociales del menor en dicho Estado son indicios que permiten determinar a los órganos jurisdiccionales nacionales la residencia habitual del menor»¹⁰.

La SAP de Les Illes Balears de 5 de julio de 2016¹¹, reconoce la *competencia judicial internacional* sobre medidas paternofiliales y su desdoblamiento competencial con el divorcio. Se solicitó por la esposa divorcio en España, teniendo la residencia habitual en Alemania, y habiendo trasladado a Mallorca al hijo menor justo antes de la interposición de demanda de divorcio y adopción de medidas. Por ello se concreta la *falta de competencia del Tribunal español* respecto a las medidas paternofiliales, si bien manteniendo el pronunciamiento de divorcio, al no constar que ambos titulares de la responsabilidad parental hayan aceptado la competencia de los Tribunales españoles. Responsabilidad parental concebida en *función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad*.

La SAP de Les Illes Balears de 17 de julio de 2017¹², analizó el supuesto en el que los litigantes eran ciudadanos húngaros y mantuvieron una relación de pareja, de la cual nació una hija. La menor fue trasladada a España por su madre de forma irregular, sin conocimiento del padre y sin autorización judicial para ello, ocultando su paradero durante meses. Los Tribunales húngaros ordenaron el regreso de la menor a Hungría al ser competentes para resolver los aspectos relativos a la responsabilidad parental de la menor por razón de su último lugar de residencia habitual. Es una resolución susceptible de ejecución en España que designa el lugar de residencia de la menor y obliga a la madre a llevarla a Hungría.

Por último, la SAP de León de 6 de septiembre de 2017¹³, insiste en la *competencia judicial de los tribunales españoles* para decidir tanto sobre la responsabilidad parental como sobre la obligación de alimentos, aunque el menor no resida en un Estado de la Unión Europea. Los tribunales españoles son competentes para conocer de la pretensión referida a la responsabilidad parental porque los padres, españoles y residentes en España, son los titulares de dicha responsabilidad y aceptaron expresamente la competencia cuando de común acuerdo solicitaron el divorcio.

III. MANTENIMIENTO DE LA COMPETENCIA DEL ESTADO MIEMBRO DE LA ANTERIOR RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR: LA EXCEPCIÓN DE LOS TRES MESES

El artículo 9 del Reglamento, titulado *Mantenimiento de la competencia del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor*, en su apartado 1 establece que cuando un menor cambie legalmente de residencia de un Estado miembro a otro y adquiera una nueva residencia habitual en este último, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor seguirán siendo competentes, como excepción al artículo 8, *durante los tres meses siguientes al cambio de residencia, para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictada en dicho Estado miembro antes de que el menor hubiera cambiado de residencia, si el titular del derecho de visita con arreglo a la resolución judicial sobre el derecho de visita continúa residiendo habitualmente en el Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor.*

En el apartado 2 se dice que no se aplicará el apartado 1.º si el titular del derecho de visita considerado en el apartado 1.º ha aceptado la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nueva residencia habitual del menor al participar en un procedimiento ante dichos órganos sin impugnar su competencia.

Consideramos que es bastante difícil que se produzca jurisprudencia en torno a esta excepción por el hecho de que al producirse el traslado legal del menor las partes estarán de acuerdo de dirigirse a los órganos jurisdiccionales del nuevo Estado miembro para dirimir cualquier problema.

IV. SUPUESTOS ESPECÍFICOS EN TORNO A LA RESIDENCIA DEL MENOR: EL MENOR DE VIDA ERRANTE¹⁴

Al no contener el artículo 8,1.º del Reglamento remisión expresa alguna al ordenamiento jurídico de los Estados miembros para determinar el sentido y el alcance del concepto de «*residencia habitual*», debe hacerse dicha determinación

a la vista del contexto de las disposiciones y del objetivo del Reglamento, en particular, del que resulta de su duodécimo considerando, según el cual las normas de competencia que establece dicho Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del *interés superior del menor*, y en particular en función del *criterio de proximidad*.

Además de la presencia física del menor en un Estado miembro, deben tenerse en cuenta *otros factores que puedan indicar que dicha presencia no tiene en absoluto carácter temporal u ocasional* y que la residencia del menor se traduce en una determinada integración en un entorno social y familiar. Pues la interpretación del concepto de «residencia habitual» en el sentido del artículo 8,1.º del Reglamento, es diferente a aquella situación en la que un menor tiene su residencia habitual en un Estado miembro pero reside en otro en el que lleva una *vida errante*.

En este supuesto específico se aplicaría el artículo 13,1.º del Reglamento, que indica que *cuando no pueda determinarse la residencia habitual del menor, serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que esté presente el menor*.

De ahí que la mera presencia física del menor en un Estado miembro, es norma subsidiaria de la enunciada en el artículo 8 del Reglamento, pero no puede bastar para determinar la residencia habitual del menor.

Por otro lado, el artículo 15,1.º del Reglamento dispone que «Excepcionalmente, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro competentes para conocer del fondo del asunto podrán, si consideran que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial *está mejor situado para conocer del asunto o de una parte específica del mismo, y cuando ello responda al interés superior del menor*:

- a) Suspender el conocimiento del asunto o de parte del mismo e invitar a las partes a presentar una demanda ante el órgano jurisdiccional de ese otro Estado miembro con arreglo al apartado 4, o
- b) solicitar al órgano jurisdiccional del otro Estado miembro que ejerza su competencia con arreglo al apartado 5.»

V. TÉCNICAS INTERPRETATIVAS UTILIZADAS POR EL TJUE EN RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

En el examen de las técnicas interpretativas utilizadas *en derecho de familia* por el TJUE, cabe señalar que se han aplicado en sus sentencias varias de ellas como la referida a la interpretación atendiendo al *significado literal* derivado de la redacción del texto, que puede venir referido bien al *lenguaje corriente* o *técnico* (y aquí hay que tener, además, en cuenta las distintas versiones lingüísticas del Derecho de la UE), sin olvidar el sentido autónomo que pueda tener un concepto en el Derecho de la Unión; o, al *criterio sistemático* (el contexto normativo en el que se encuentra inserto el enunciado). También la interpretación *teleológica* o la *intencionalidad del legislador* ha sido muy utilizada, ya que las palabras, por sí mismas, no autodefinen una disposición legal (donde se incluirían los trabajos preparatorios), o el *histórico*, esto es, el significado de determinados términos en el momento temporal de adopción de la norma (o, incluso, la trayectoria histórica de una disposición).

Si bien, el TJUE hace un *uso combinado* de estas modalidades interpretativas, se hace eco generalmente de la voluntad del legislador en el ámbito de la respon-

sabilidad parental (interpretación teleológica) centrada si no en los preceptos, en los considerandos del Reglamento 2001/2003 los cuales marcan el espíritu que informó el Reglamento antes que la letra de los preceptos.

1. PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

El contenido del Reglamento debe interpretarse sobre la base del *principio del interés superior del menor*. Todos los demás principios interpretativos giran en torno a él. Así en alguna de las sentencias se hace referencia al *derecho del menor a ser oído*. Es lo que ocurre en la STJUE de 22 de diciembre de 2010 que resolvió una cuestión prejudicial referida al artículo 42 del Reglamento, en el marco del litigio suscitado entre los padres de una menor que actualmente vive en Alemania con la madre, respecto a su restitución a España. El TJUE al referirse al interés superior del menor, señala además, que «el artículo 24,1.º, exige que los menores puedan *expresar su opinión libremente* y que esta opinión sea tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, únicamente «en función de su edad y madurez», y, en su apartado 2, obliga a tener en cuenta, en todos los actos relativos a un menor, *el interés superior de este*, que puede justificar que no se dé audiencia al menor. Por otro lado, dicho artículo 42,2.º, párrafo 1.º a), obliga a dar al menor posibilidad de audiencia, «a menos que esto no se hubiere considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez».

Interesante resulta la posible *modificación de las circunstancias* del menor, como lo pone de manifiesto la STJUE de 1 de julio de 2010 que resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) suscitada en el marco del litigio entre los padres de una menor en relación con la restitución a Italia de la niña, que se halla en Austria con su madre, y con el derecho de custodia. En ella se tiene en cuenta el *principio del interés superior del menor* al afirmar que «la ejecución de una resolución certificada no puede denegarse, en el Estado miembro de ejecución, por considerar que, debido a una modificación de las circunstancias acaecida tras haberse dictado, *podría suponer un grave menoscabo del interés superior del menor*. Tal modificación debe invocarse ante el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen, ante el cual deberá asimismo presentarse una eventual demanda de suspensión de la ejecución de su resolución».

La *edad del menor*, máxime si es *lactante*, resulta relevante en los casos de sustracción de menores, y custodia. Así lo asevera la STJUE de 22 de diciembre de 2010 que resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Court of Appeal (Reino Unido), en el marco del litigio suscitado entre los padres de una menor sobre su derecho de custodia¹⁵. Afirma que teniendo en cuenta el *principio del interés superior del menor*, máxime cuando este es *lactante* aún, «el concepto de “*residencia habitual*” a efectos de los artículos 8 y 10 del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que esa residencia corresponde al lugar que revela una cierta integración del menor en un entorno social y familiar. A tal fin, y cuando se trata de la situación de un lactante que se encuentra con su madre tan solo desde algunos días antes en un Estado miembro distinto del de su residencia habitual, al que ha sido trasladado, deben considerarse en especial la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la estancia en el territorio de ese Estado y del traslado de la madre a este último Estado, por una parte, y por otra, a causa en particular de la edad del menor, los orígenes geográficos y familiares de la madre, así como las relaciones familiares y so-

ciales que mantienen esta y el menor en el mismo Estado miembro. Incumbe al órgano jurisdiccional nacional determinar la residencia habitual del menor teniendo en cuenta la totalidad de las circunstancias de hecho específicas de cada caso». De modo que «la determinación del órgano jurisdiccional competente debería realizarse conforme al criterio de la *«presencia del menor»* en virtud del artículo 13 del Reglamento».

También la Court of Appeal (Reino Unido) planteó una cuestión que se resolvió por STJUE de 1 de octubre de 2014¹⁶ en el sentido de que la competencia en materia de responsabilidad parental debe determinarse de manera que cuando se inicie un procedimiento ante un órgano jurisdiccional con arreglo al artículo 12,3.º del Reglamento únicamente puede preservarse el *interés superior del menor* examinando, en cada caso particular, si la prórroga de competencia que se pretende es conforme con ese interés superior.

En el ámbito del *derecho de alimentos*, el menor acreedor de los mismos es considerado, además, la parte más débil necesitada de protección. La STJUE de 5 de septiembre de 2019 resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal de Primera Instancia de Constanza, Rumanía, respecto a la interpretación de los artículos 3 a) y d)¹⁷ y 5¹⁸ del Reglamento 4/2009/CE¹⁹, y declara, que el objetivo del mismo consiste, según se desprende de su considerando 15, en preservar los *intereses del acreedor de alimentos, que es considerado la parte más débil en una acción relativa a una obligación de alimentos*.

En el ámbito del *derecho sucesorio*, relativo a la repudiación de una herencia del menor por sus padres, representantes legales, se tiene muy en cuenta el principio del *interés superior del menor*, en el caso de la sentencia a los efectos de conocer y establecer la presencia de todas las partes en el proceso. Nos referimos al supuesto de la STJUE de 19 de abril de 2018 que resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de Paz de Leros, Grecia²⁰.

La cuestión surge en torno a la oposición del Ministerio Fiscal a la elección del órgano jurisdiccional por los padres impide que pueda considerarse aceptada la prórroga de la competencia por todas las partes. Primero el TJUE interpreta el término *forma inequívoca* del artículo 12,3.º b), del Reglamento que señala que *la competencia de un órgano jurisdiccional, con arreglo a esta disposición, debe ser aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca*, señalando que «los dos progenitores de un menor presentan conjuntamente una solicitud ante el mismo órgano jurisdiccional, manifiestan la misma voluntad de presentar un asunto ante este último y, con ello, su acuerdo con la elección del órgano jurisdiccional competente. A falta de otros datos que contradigan esta conclusión, la aceptación debe considerarse «inequívoca».

También interpreta la expresión *todas las partes en el procedimiento en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional*. Así, por un lado tanto los cónyuges como responsables parentales deben ser partes en el procedimiento, pero también el fiscal que, según el Derecho nacional, tiene la condición de parte procesal en acciones como la del litigio principal y representa el *interés del menor*.

Por otro lado, la prórroga de la competencia no podrá ser contraria *al interés superior del menor* y que el respeto de este requisito debe comprobarse en cada caso concreto. En el presente asunto, existe acuerdo entre los progenitores del menor, la nacionalidad del menor es la del Estado miembro del órgano jurisdiccional elegido, y el de la residencia del causante en el momento de su fallecimiento, y el del patrimonio de este, y del pasivo de la herencia. Elementos que refuerzan el vínculo entre el menor y el Estado miembro del órgano jurisdiccional

elegido que con base al *criterio de proximidad* le permite evaluar el contexto de la repudiación de la herencia por cuenta del menor.

Resulta interesante también tener en cuenta la *competencia judicial, el interés del menor y su traslado ilícito*, cuestiones analizadas en la STJUE de 23 de diciembre de 2009²¹ que analiza el artículo 20 del Reglamento, en relación con las medidas provisionales sobre la custodia de un menor en un supuesto de traslado ilícito del mismo por decisión unilateral de uno de sus progenitores. Concretó que el sentido del precepto radica en no permitir que un órgano jurisdiccional adopte una medida provisional en materia de responsabilidad parental que otorgue la custodia de un menor que se encuentra en su territorio a uno de los progenitores cuando un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, competente en virtud del mencionado Reglamento para conocer del fondo de litigio sobre la custodia del menor, ya ha dictado una resolución judicial que concede provisionalmente su custodia al otro progenitor y esta resolución judicial ha sido declarada ejecutiva en el territorio del primer Estado miembro²².

La cuestión prejudicial del Tribunal esloveno se centra en si el artículo 20 del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que permite a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro adoptar una medida provisional en materia de responsabilidad parental que otorga la custodia de un menor que se encuentra en su territorio cuando un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, competente en virtud del mencionado Reglamento para conocer del fondo del litigio sobre la custodia del menor, ya ha dictado una resolución judicial que concede provisionalmente la custodia de dicho menor al otro progenitor y esta resolución judicial ha sido declarada ejecutiva en el territorio del primer Estado miembro.

Pero, no hay que olvidar que en el presente asunto, el órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo, el Tribunal de Tivoli, adoptó una resolución provisional en materia de responsabilidad parental, resolución que fue declarada ejecutiva en Eslovenia. Y es obvio, que si un cambio de circunstancias derivado de un proceso gradual, como la integración del menor en un nuevo entorno, fuera suficiente para autorizar, con arreglo al artículo 20, 1.º a un órgano jurisdiccional no competente para conocer del fondo, la posible lentitud del procedimiento de ejecución en el Estado miembro requerido contribuiría a crear las circunstancias que permitirían al primer órgano jurisdiccional impedir la ejecución de la resolución judicial declarada ejecutiva. Esta interpretación de la mencionada disposición quebrantaría los propios principios en los que se basa el citado Reglamento. Y, además, *el cambio en la situación del menor resulta de un traslado ilícito*.

2. PRINCIPIO DE PROXIMIDAD

El principio o criterio de proximidad, como ya hemos expuesto, se utiliza para concretar la competencia judicial. *Promueve la solución de los conflictos nacidos entre los diferentes órganos judiciales de los distintos Estados miembros a través de la aplicación del Reglamento estableciendo la competencia del órgano que presente los vínculos más estrechos y cercanos a los menores para proteger sus intereses*.

Así, la STJUE de 17 de octubre de 2018 resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Reino Unido, en un tema de custodia de un menor²³, y recuerda que la *protección del interés superior del menor* garantizada por el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el respeto de sus derechos fundamentales, y también tenido

en cuenta al redactar el Reglamento concretándose ese interés en el *criterio de la proximidad* adoptado en dicho Reglamento. Además, el Reglamento ya establece un mecanismo que permite a los Estados miembros proteger los intereses de los menores incluso en el caso de litigios no comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 8,1.º de dicho Reglamento. En particular, cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro es competente, el artículo 14 precisa que los Estados miembros pueden, de manera residual, atribuir la competencia a sus órganos jurisdiccionales en virtud de su derecho nacional.

Por otro lado, el referido principio no solo se utiliza para atribuir la competencia judicial de los Estados miembros, sino también para *concretar el concepto de residencia habitual del menor aproximándole a los vínculos culturales y nacionales más cercanos a él para la mejor protección de sus intereses*. Son varias las resoluciones del TJUE que se refieren a esta circunstancia concreta. Por ejemplo, la STJUE de 27 de octubre de 2016 resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo de Irlanda sobre acogimiento y custodia de menores²⁴ señalando que el artículo 15,1.º del Reglamento establece que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro competentes para conocer del fondo de un asunto podrán solicitar la remisión del asunto o de una parte específica del mismo a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una *vinculación especial*, si consideran que dicho órgano jurisdiccional está *mejor situado* para conocer de los mismos y cuando ello responda al *interés superior del menor*.

Los conceptos de órgano jurisdiccional «mejor situado» y de «interés superior del menor», en el sentido de dicha disposición, no están definidos por lo que se deben interpretar teniendo en cuenta el contexto en el que se inscriben y los objetivos perseguidos por el Reglamento. El interés superior del menor, en el marco del Reglamento tiene por objeto *garantizar el respeto de los derechos fundamentales del menor*. A fin de garantizar dicho principio al aplicar las normas de competencia en materia de responsabilidad parental, el legislador de la Unión recurrió al *criterio de proximidad* que se determina en función del lugar de residencia habitual del menor en el momento en que se presente el asunto ante tales órganos jurisdiccionales. Por otro lado, la remisión de un asunto en materia de responsabilidad parental por parte de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro únicamente debe efectuarse a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor en cuestión tenga una *«vinculación especial»*. La exigencia de que la remisión responda al *interés superior del menor* implica que el órgano jurisdiccional competente se cerciore, a la vista de las circunstancias concretas del asunto, de que la remisión que valora efectuar al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro no pueda incidir negativamente sobre la situación del menor afectado.

También la STJUE de 15 de febrero de 2017 resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Distrito de Vilna (Lituania), en el marco de un litigio sobre modificación de medidas formulada ante el tribunal de un Estado distinto al de residencia del menor²⁵ y señala que el Reglamento núm. 2201/2003 se funda en la *cooperación y en la confianza mutua* entre los órganos jurisdiccionales que deben llevar al *reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales*, piedra angular de la creación de un auténtico espacio judicial... con el objetivo de responder al *interés superior del menor* y, para ello, *privilegia el criterio de proximidad*. En efecto, el legislador ha estimado que el órgano jurisdiccional geográficamente próximo a la *residencia habitual del menor es el mejor situado para apreciar las medidas que han de adoptarse en interés de este... siendo los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tiene su residencia habitual los que deben ser*

*competentes en primer lugar, excepto en ciertos casos de cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental*²⁶.

La STJUE de 8 de junio de 2017 en un litigio de restitución de menores²⁷ se hace eco del concepto de «residencia habitual» del menor, y afirma que debe recordarse que ni el Reglamento número 2201/2003 ni el Convenio de La Haya de 1980 lo definen aunque los artículos del Reglamento que lo mencionan tampoco remiten expresamente al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y alcance, de ahí que el Tribunal de Justicia *haya declarado reiteradamente que se trata de un concepto autónomo del Derecho de la Unión, que debe interpretarse atendiendo al contexto de las disposiciones que lo mencionan y a los objetivos del Reglamento* según el cual las normas de competencia que establece están concebidas en función del *interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad*.

Por último, la STJUE de 28 de junio de 2018 resuelve cuestiones prejudiciales sobre la determinación del lugar de residencia del menor y afirma en relación con el *principio del interés superior del menor* que «el legislador de la Unión en el Reglamento señala que la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro cuya nacionalidad tiene el menor solo puede prevalecer sobre la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de su residencia habitual, decisión que tiene su origen en una determinada concepción del *interés superior del menor* y considera que los órganos jurisdiccionales cercanos en el ámbito geográfico pueden apreciar mejor qué medidas deben adoptarse en su interés». De ahí que para interpretar el concepto de «residencia habitual» del menor, en el sentido del artículo 8,1.º del Reglamento no se puede conceder *una importancia preponderante a los vínculos de carácter cultural del menor o a su nacionalidad* en perjuicio de consideraciones geográficas objetivas, a menos que se pase por alto la intención del legislador de la Unión²⁸.

VI. CONCLUSIONES

I. Los tribunales nacionales deben garantizar que la legislación europea se aplique correctamente. Si un tribunal nacional de un Estado miembro tiene dudas sobre la interpretación de algún precepto pide a través de la *cuestión prejudicial* una clarificación al Tribunal de Luxemburgo.

La relación entre los tribunales de jurisdicción ordinaria de cada uno de los Estados miembros y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea nos indica que los sujetos del *diálogo jurisdiccional* en el marco de la responsabilidad parental son dos partes: el diálogo siempre es *bilateral y horizontal*, en plano de igualdad exento de jerarquía—, basado en el *deber de cooperación*.

II. El considerando décimo segundo del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 se refiere a las normas de competencia que este establece en materia de responsabilidad parental y que están concebidas en función del *interés superior del menor*, y en particular en función del *criterio de proximidad*.

III. El concepto de *residencia habitual* de los *menores es específico* del artículo 8 del Reglamento a efectos de competencia ha sido precisado por el TJUE indicando que «La *mera presencia física* del menor en un Estado miembro, en cuanto norma subsidiaria respecto de la enunciada en el artículo 8 del Reglamento, *no puede bastar* para determinar la residencia habitual del menor.» Debe hacerse en función del *interés superior del menor*, y en particular en función del *criterio de proximidad*.

IV. El interés superior del menor, en el marco del Reglamento tiene por objeto *garantizar el respeto de los derechos fundamentales del menor*.

La exigencia de que la remisión responda al *interés superior del menor* implica que el órgano jurisdiccional competente se cerciore, a la vista de las circunstancias concretas del asunto, de que la remisión que valora efectuar al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro no pueda incidir negativamente sobre la situación del menor afectado.

V. El principio o *criterio de proximidad*, como ya hemos expuesto, se utiliza para concretar la competencia judicial. *Promueve la solución de los conflictos nacidos entre los diferentes órganos judiciales de los distintos Estados miembros a través de la aplicación del Reglamento estableciendo la competencia del órgano que presente los vínculos más estrechos y cercanos a los menores para proteger sus intereses*.

Principio que no solo se utiliza para atribuir la competencia judicial de los Estados miembros, sino también para *concretar el concepto de residencia habitual del menor aproximándole a los vínculos culturales y nacionales más cercano a él para la mejor protección de sus intereses*.

VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, Sentencia de 5 de septiembre de 2019, C-468/2018 Ponente: Carl Gustav FERNLUND. ECLI: EU:C:2019:666.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, Sentencia de 17 de octubre de 2018, C-393/2018 Ponente: Eugene REGAN. ECLI: EU:C:2018:835.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Quinta, Sentencia de 28 de junio de 2018, C-512/2017. Ponente: Jose Luis DA CRUZ VILAÇA. ECLI: EU:C:2018:513.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta, Sentencia de 19 de abril de 2018, C-565/2016. Ponente: Carl Gustav FERNLUND. ECLI: EU:C:2018:265.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Quinta, Sentencia de 8 de junio de 2017, C-111/2017. Ponente: Jose Luis DA CRUZ VILAÇA. ECLI: EU:C:2017:436.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, Sentencia de 15 de febrero de 2017, C-499/2015 Ponente: Carl Gustav FERNLUND. ECLI: EU:C:2017:118.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, Sentencia de 27 de octubre de 2016, C-428/2015. Ponente: Jiri MALENOVSKÝ. ECLI: EU:C:2016:819.
- Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda, Sentencia de 1 de octubre de 2014, C-436/2013. Ponente: Alexander ARABADJIEV. (ECLI: EU:C:2014:2246).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, Sentencia de 23 de diciembre de 2009, C-403/2009. Ponente: Jiri MALENOVSKÝ. (TJCE 2009399).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, Sentencia de 2 de abril de 2009, C-523/2007. Ponente: José Narciso DA CUNHA RODRIGUES, (La Ley 23067/2009).

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Gran Sala, Sentencia de 17 de julio de 2008, C-66/2008. Ponente: Lars BAY LARSEN. (La Ley 92662/2008).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, Sentencia de 11 de noviembre de 2004, C-372/2002. Ponente: Peter JANN. (La Ley 237066/2004).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 15 de septiembre de 1994, C-452/1993.
- SAP Segovia, S 402/2019, 5 de diciembre de 2019, Rec. 288/2019, Ponente: María Asunción REMÍREZ SAINZ DE MURIETA. (La Ley 240737/2019).
- SAP de León, Sección 1.ª, Sentencia 308/2017 de 6 de septiembre de 2017, Rec. 353/2017. Ponente: Ricardo RODRÍGUEZ LÓPEZ. (La Ley 134476/2017). ECLI: ES:APLE:2017:857.
- SAP de Les Illes Balears, Sección 4.ª, Sentencia 266/2017 de 17 de julio de 2017, Rec. 233/2017. Ponente: Miguel Álvaro ARTOLA FERNÁNDEZ. (La Ley 120839/2017). ECLI: ES:APIB:2017:1344.
- SAP de Les Illes Balears, Sección 4.ª, Sentencia 226/2016 de 5 de julio de 2016, Rec. 86/2016. Ponente: Miguel Álvaro ARTOLA FERNÁNDEZ. (La Ley 119093/2016). ECLI: ES:APIB:2016:1287.
- SAP de Salamanca, Sentencia 486/2006 de 29 de noviembre de 2006, Rec. 527/2006. Ponente: Fernando CARBAJO CASCÓN. (La Ley 250788/2006).
- Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Getafe, Sentencia 21/2010 de 9 de julio de 2010, Proc. 6/2010. Ponente: María Inés DÍEZ ÁLVAREZ. (La Ley 326284/2010).

VIII. LEGISLACIÓN CITADA

Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000. «DOUE» núm. 338, de 23 de diciembre de 2003.

NOTAS

¹ SAP Segovia, S, 402/2019, 5 de diciembre de 2019, Rec. 288/2019, Ponente: María Asunción REMÍREZ SAINZ DE MURIETA. (La Ley 240737/2019).

² «DOUE» núm. 338, de 23 de diciembre de 2003.

³ STJUE, Sala Tercera, Sentencia de 2 de abril de 2009, C-523/2007. Ponente: José Narciso DA CUNHA RODRIGUES (La Ley 23067/2009).

⁴ La jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al concepto de residencia habitual en otros ámbitos del Derecho de la Unión europea (véanse, en particular, STJUE, Sentencia de 15 de septiembre de 1994, C-452/1993 referida al ámbito de los funcionarios; la STJUE, Sala Primera, Sentencia de 11 de noviembre de 2004, C-372/2002. Ponente: Peter JANN. (La Ley 237066/2004) referido al ámbito de las prestaciones de desempleo y servicio militar en otro Estado miembro, cuya doctrina concreta que la legislación aplicable, en determinados casos la del lugar de residencia; que el servicio militar en otro Estado miembro constituye «un período de empleo cubierto»; y que cabe no computar en el cálculo de los períodos de seguro cubiertos, un período de servicio militar obligatorio realizado en otro Estado miembro. O, la STJUE, Sala Gran Sala, Sentencia de 17 de julio de 2008, C-66/2008. Ponente: Lars BAY LARSEN. (La Ley 92662/2008), referida a la extradición y que interpreta el artículo 4.6 de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, en concreto los términos «residen-

te» y «habite» en el Estado miembro de ejecución. Se analizó la petición formulada por Polonia a Alemania para que un ciudadano polaco cumpliera en su país la pena pendiente de ejecutar. EL TJUE concretó que la autoridad judicial de ejecución no puede denegar la entrega, al amparo de los motivos de no ejecución facultativa, pues el reclamado no tiene la condición ni de residente ni habitante), no puede trasladarse directamente al marco de la apreciación de la residencia habitual de los menores en el sentido del artículo 8, apartado 1, del Reglamento.

STJUE, Sala Tercera, Sentencia de 2 de abril de 2009, C-523/2007. Ponente: José Narciso DA CUNHA RODRIGUES (La Ley 23067/2009).

⁵ STJUE, Sala Tercera, Sentencia de 2 de abril de 2009, C-523/2007. Ponente: José Narciso DA CUNHA RODRIGUES (La Ley 23067/2009).

⁶ SAP Segovia, S. 402/2019, 5 de diciembre de 2019, Rec. 288/2019, Ponente: María Asunción REMÍREZ SAINZ DE MURIETA. (La Ley 240737/2019).

⁷ Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Getafe, Sentencia 21/2010 de 9 de julio de 2010, Proc. 6/2010. Ponente: María Inés DíEZ ÁLVAREZ. (La Ley 326284/2010).

⁸ SAP de Salamanca, Sentencia 486/2006 de 29 de noviembre de 2006, Rec. 527/2006. Ponente: Fernando CARBAJO CASCÓN. (La Ley 250788/2006).

⁹ STJUE, Sala Tercera, Sentencia de 2 de abril de 2009, C-523/2007. Ponente: José Narciso DA CUNHA RODRIGUES (La Ley 23067/2009).

¹⁰ La STJUE, Sala Tercera, Sentencia de 2 de abril de 2009, también determinó que «En situaciones de urgencia, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, aun no siendo competentes para conocer del fondo del asunto, pueden adoptar medidas provisionales como la guarda de menores previstas en su propia legislación en relación con personas o bienes presentes en dicho Estado. Obligación de informar al órgano competente respecto a la medida adoptada cuando la protección del interés superior del menor lo exija». Y ello porque la cuestión prejudicial se formuló en el marco de una demanda presentada por la Sra. A, madre de los menores C, D y E, contra la resolución del Kuopion hallinto-oikeus [Tribunal Administrativo de Kuopio (Finlandia)] por la que se confirmaba la resolución por la que el perusturvalautakunta (Comité de garantía de necesidades básicas; en lo sucesivo, «Comité de garantía») ordenó la guarda inmediata de dichos menores y su alojamiento en un establecimiento de acogida.

¹¹ SAP de Les Illes Balears, Sección 4.^a, Sentencia 226/2016 de 5 de julio de 2016, Rec. 86/2016. Ponente: Miguel Álvaro ARTOLA FERNÁNDEZ. (La Ley 119093/2016). ECLI: ES:APIB:2016:1287.

¹² SAP de Les Illes Balears, Sección 4.^a, Sentencia 266/2017 de 17 de julio de 2017, Rec. 233/2017. Ponente: Miguel Álvaro ARTOLA FERNÁNDEZ. (La Ley 120839/2017). ECLI: ES:APIB:2017:1344.

¹³ SAP de León, Sección 1.^a, Sentencia 308/2017 de 6 de septiembre de 2017, Rec. 353/2017. Ponente: Ricardo RODRÍGUEZ LÓPEZ. (La Ley 134476/2017). ECLI: ES:APLE:2017:857.

¹⁴ STJUE, Sala Tercera, Sentencia de 2 de abril de 2009, C-523/2007. Ponente: José NARCISO DA CUNHA RODRIGUES, (La Ley 23067/2009).

¹⁵ *Vid:* FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA, Elena: Importancia del concepto de residencia habitual del menor para delimitar la competencia de los Tribunales en los supuestos de sustracción internacional de menores, en *Estudios sobre Jurisprudencia Europea. Materiales del III Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*. Vol. I. Derecho civil y procesal civil. Coord. Ruda Gonzalez y Jerez Delgado. Sepin. Madrid. 2020. ISBN:978-84-18247-05-7.

¹⁶ STJUE, Sala Segunda, de 1 de octubre de 2014, C-436/2013. Ponente: Alexander ARABADJIEV. El padre, español, y la madre, nacional del Reino Unido residentes en España tuvieron al menor que vivió en España desde 2005 al 2010. Tras la separación de los padres la madre se trasladó con él al Reino Unido. Tras el traslado, los padres llegaron a un acuerdo relativo al derecho de custodia, atribuido a la madre, y el derecho de visita, reconocido al padre, ratificado por los padres ante el Secretario del Juzgado de Primera Instancia de Torrox (Málaga).

¹⁷ El acreedor de alimentos puede interponer su demanda, o bien ante el órgano jurisdiccional del lugar donde el demandado tenga su residencia habitual, o bien ante el

órgano jurisdiccional del lugar donde el acreedor tenga su propia residencia habitual, o bien, cuando la demanda de alimentos sea accesoria de una acción principal relativa al estado de las personas, como una demanda de divorcio o de responsabilidad parental ante el órgano jurisdiccional competente para conocer, respectivamente, de una u otra acción.

¹⁸ Establece la competencia del órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que comparezca el demandado, a menos que la comparecencia del demandado tenga por objeto impugnar dicha competencia.

¹⁹ STJUE, Sala Tercera, de 5 de septiembre de 2019, C-468/2018 Ponente: Carl Gustav FERNLUND. R demandó a P ante la Judectoria Constanza (Tribunal de Primera Instancia de Constanza, Rumanía), para obtener la disolución del matrimonio, la fijación del domicilio de la menor con ella, la atribución en exclusiva de la patria potestad y la condena de P al pago de una pensión alimenticia a favor de la menor. P impugnó la competencia de este órgano jurisdiccional remitente. Basándose en el artículo 3, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 2201/2003, dicho órgano jurisdiccional se declaró competente, por razón de la nacionalidad de los cónyuges, para conocer de la demanda de divorcio.

²⁰ STJUE, Sala Sexta, de 19 de abril de 2018, C-565/2016. Ponente: Carl Gustav FERNLUND. El Sr. S y la Sra. X, representantes de su hija menor, de nacionalidad griega, han solicitado al Juzgado de Paz de Leros, la autorización para repudiar la herencia del abuelo materno de la menor. El causante (griego) falleció sin haber otorgado testamento. Su patrimonio consistía en un automóvil y una barca, (valor de 900 euros) pero había sido condenado penalmente por tentativa de estafa y sus herederos corren el riesgo de ser objeto de una acción civil por daños y perjuicios por parte de la víctima. Todos los legitimarios ya han repudiado la herencia, y los padre de la menor también lo solicitan como representantes legales de su hija. Los tres tienen su residencia habitual en Roma (Italia).

²¹ STJUE, Sala Tercera, Sentencia de 23 de diciembre de 2009, C-403/2009. Ponente: Jiri MALENOVSKÝ. (La Ley 237335/2009)

²² Y eso es lo que precisamente ocurre en el supuesto de la sentencia, donde la Sra. D, y el Sr. S cónyuges que tramitaron su divorcio, tras vivir 25 años en Roma y con una hija ante el «Tribunal de Tivoli», que asignó provisionalmente la custodia exclusiva de la menor al Sr. S y resolvió que esta fuera alojada también con carácter provisional en la Casa de Acogida de las Hermanas Calasancias en Roma. Pero ese mismo día, la Sra. D abandonó Italia con su hija, instalándose en Eslovenia, donde siguen viviendo actualmente. Mediante resolución de 22 de noviembre de 2007 el Tribunal de distrito de Maribor (Eslovenia), declaró ejecutiva en el territorio de la República de Eslovenia la resolución del Tribunal de Tivoli de 25 de julio de 2007. El Tribunal cantonal de Solvenska Bistrica (Eslovenia) suspendió la ejecución hasta que concluyera definitivamente el procedimiento principal. Posteriormente, en 2008, la Sra. D presentó ante el tribunal Maribor una demanda de medidas provisionales y cautelares solicitando que le concediera la custodia de la menor. Mediante auto de 9 de diciembre de 2008, dicho tribunal estimó la demanda y le confió provisionalmente la custodia de Antonella. El Tribunal esloveno basó su decisión en el artículo 20 del Reglamento apoyándose en el *cambio de circunstancias y en el interés de la menor*. Consideró que la menor se había integrado en su entorno social en Eslovenia. Estimó que su regreso a Italia y su acogimiento forzado en una casa de acogida serían contrarios a su bienestar, puesto que le provocarían un trauma físico y psíquico irreversible. Además, Antonella declaró que deseaba quedarse con su madre.

²³ STJUE, Sala Primera, de 17 de octubre de 2018, C-393/2018 Ponente: Eugene REGAN. La madre de la menor es nacional de Bangladés, y contrajo matrimonio en 2013, en ese mismo país, con el demandado en el padre del menor, de nacionalidad británica. En junio o julio de 2016 la madre se estableció en el Reino Unido con el fin de residir en dicho Estado miembro con el padre. Obtuvo un visado para cónyuge extranjero expedido por el United Kingdom Home Office (Ministerio del Interior del Reino Unido), válido desde el 1 de julio de 2016 hasta el 1 de abril de 2019. En diciembre de 2016, el padre y la madre viajaron a Bangladés. En ese momento, la madre se encontraba en avanzado estado de gestación. El 2 de febrero de 2017, la menor nació en Bangladés. Desde entonces permanece en ese país y jamás ha residido en el Reino Unido. En enero de 2018, el padre volvió al Reino Unido sin la madre.

²⁴ STJUE, Sala Tercera, de 27 de octubre de 2016, C-428/2015. Ponente: Jiri MALENO-VSKÝ. La Sra. D. es nacional del Reino Unido. Su primer hijo fue internado en un establecimiento en régimen de acogida en el Reino Unido. Posteriormente en el segundo embarazo se sometió a una evaluación prenatal efectuada por las autoridades de protección del menor de su lugar de residencia, en previsión del nacimiento de su segundo hijo habida cuenta de sus antecedentes médicos y familiares. Dicha evaluación concluyó fundamentalmente que la Sra. D. había dado pruebas de afecto hacia su primer hijo, que tenía una actitud positiva ante el nacimiento de R. y que había hecho preparativos en vistas de este y, en particular, que había manifestado su voluntad de cooperar con los servicios sociales a tal respecto. No obstante, las autoridades competentes consideraron que R. debía ser entregado a una familia de acogida desde el momento de su nacimiento, a la espera de que un tercero iniciara un procedimiento de adopción. Ante tales circunstancias, la Sra. D. se estableció en Irlanda, donde nació R. y donde ambos residen desde entonces. Poco después del nacimiento de R., la Agencia solicitó a la District Court (Tribunal de Distrito, Irlanda) competente que dictara una orden de acogimiento del niño. Sin embargo, dicha solicitud fue denegada.

²⁵ STJUE, Sala Primera, de 15 de febrero de 2017, C-499/2015 Ponente: Carl Gustav FERNLUND. W., lituano, y X., neerlandesa y argentina, contrajeron matrimonio en Estados Unidos y son, padres del menor V, nacido en los Países Bajos. El menor tiene las nacionalidades lituana e italiana, no ha residido nunca en Lituania ni ha ido nunca a ese país. Los tres vivieron en los Países Bajos de 2004 a 2006 y tras una breve estancia en Italia se instalaron en Canadá en 2007. Los cónyuges se separaron en 2010. La madre se instaló con el menor en Italia antes de viajar con él a los Países Bajos, donde tienen su residencia habitual. El padre tiene su residencia habitual en Lituania. La madre solicitó el divorcio ante un tribunal canadiense que pronunció el divorcio entre los cónyuges y atribuyó a la madre la custodia exclusiva del menor. Resoluciones del tribunal canadiense que no han sido reconocidas ni por los tribunales lituanos ni por los tribunales neerlandeses.

²⁶ Como ocurre en el presente caso y por ello concreta el TJUE que «en un asunto como el que se examina en el litigio principal, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro que han adoptado una resolución firme en materia de responsabilidad parental y de obligaciones de alimentos en lo que respecta a un menor de edad no siguen siendo competentes para conocer de una demanda de modificación de las medidas establecidas en esa resolución en el caso de que la residencia habitual del menor esté situada en el territorio de otro Estado miembro. Los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de esa demanda son los órganos jurisdiccionales de este último Estado miembro.»

²⁷ STJUE, Sala Quinta, de 8 de junio de 2017, C-111/2017. Ponente: Jose Luis DA CRUZ VILAÇA. OL, italiano, y PQ, griego, contrajeron matrimonio en Italia, donde residían. Posteriormente se trasladaron a Atenas, donde PQ dio a niña que, desde entonces, ha permanecido en esa ciudad con su madre. Posteriormente, OL regresó a Italia. Según OL, accedió a que la niña permaneciera en Grecia hasta mayo de 2016, fecha en la que esperaba el regreso de su esposa y de su hija a Italia. No obstante, PQ decidió, unilateralmente, permanecer en Grecia con la niña.

²⁸ STJUE, Sala Quinta, de 28 de junio de 2018, C-512/2017. Ponente: Jose Luis da Cruz Vilaça. La madre polaca reside desde el año 2005 en Bruselas (Bélgica), el padre, belga reside también en Bruselas. Es una pareja de hecho de la que nació una menor con doble nacionalidad polaca y belga. Los progenitores son titulares de la responsabilidad parental respecto de la menor. Desde el nacimiento de la menor, la madre ha efectuado varias estancias con ella en Polonia, con el consentimiento de KO. Tras la separación la menor reside con la madre y el padre ve a su hija una vez por semana. Los progenitores recurrieron a un procedimiento de mediación para tratar de regular la cuestión de la responsabilidad que abandonaron en noviembre de 2016. Tanto la madre como la menor están empadronadas tanto en Bélgica como en Polonia. La madre y su familia se dirigen a la menor en polaco, mientras que el padre le habla en francés. La menor habla y comprende principalmente la primera de estas lenguas. La madre desea establecer su residencia en Polonia con la menor, a lo que se opone el padre. En estas circunstancias, el 10 de octubre de 2016, la madre interpuso ante el Tribunal de Distrito de Poznan-Stare Miasto, una demanda para que se determinara como lugar de residencia de la menor el de la madre, con independencia de dónde estuviera, y que se concediese un derecho de visita al padre.

Nulidad del matrimonio por error
en las cualidades personales.
El travestismo del esposo

*Nullity of marriage due to error in personal
qualities. Husband's cross-dressing*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: El presente estudio se va a centrar en el análisis de la nulidad del matrimonio civil por ausencia de voluntad y, vicios del consentimiento, más en concreto, por error en las cualidades personales y en relación con el travestismo del esposo.

ABSTRACT: *The present study will go to centre on the analysis of the nullity of the civil marriage due to absence of will and vices of consent, more specifically due to error in the personal qualities and in relation to the transvestism of the husband.*

PALABRAS CLAVES: Matrimonio civil. Nulidad. Consentimiento. Capacidad. Simulación. Reserva mental. Error. Coacción o miedo grave. Matrimonio putativo. Indemnización.

KEY WORD: *Civil marriage. Nullity. Consent. Capacity. Simulation. Mental reserve. Error (failure). Dures sor grave fear. Putative marriage. Compensation.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. PRESUPUESTOS O REQUISITOS DEL MATRIMONIO CIVIL.—III. CONSENTIMIENTO: AUSENCIA DE VOLUNTAD Y VICIOS MATRIMONIALES: 1. LA SIMULACIÓN Y LA RESERVA MENTAL. 2. EL ERROR EN EL MATRIMONIO COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO. 3. COACCIÓN O MIEDO GRAVE.—IV. LA NULIDAD DEL MATRIMONIO Y SUS CAUSAS.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El artículo 32.1 de la CE contempla el *ius connubi*, en consonancia con las declaraciones y tratados internacionales y establece que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica» a lo que añade su apartado segundo que «la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y

capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos». Se trata de un derecho constitucional que, vincula a todos los poderes públicos y «solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, puede regularse su ejercicio (art. 53.1 de la Constitución española). Si bien, al no tratarse de un derecho fundamental no le alcanza la protección cualificada del recurso de amparo¹.

Con la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio se posibilita la celebración del matrimonio entre dos personas del mismo sexo, a tal efecto el artículo 44 del Código civil en su segundo párrafo establece que «el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando los contrayentes sea de un mismo o diferente sexo». La Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) número 198/2012, de 6 de noviembre² considera la reforma operada por la Ley 13/2005, de 1 de julio conforme con la constitución atendiendo a una interpretación evolutiva del artículo 32 de la Constitución española en consonancia con la concepción actual que tiene la sociedad española en relación al matrimonio y lo define como «comunidad de afecto que genere un vínculo o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que posean idéntica posición en el seno de esta institución y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento». A lo que añade que «la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio presente ya en el Código civil antes de la reforma del año 2005 y que siguen reconociéndose en la nueva institución diseñada por el legislador (*Fundamento Jurídico noveno*).

Por su parte, la Ley 15/2015, de 2 de julio de jurisdicción voluntaria posibilita el matrimonio en forma civil ante notario (art. 51.2.2.º CC). El derecho a contraer matrimonio se desarrolla por las normas de cada estado que establecen o modelan su sistema matrimonial. De ahí que, la configuración del sistema matrimonial español como un sistema facultativo o de libre elección determina que, los futuros contrayentes puedan elegir contraer matrimonio en forma civil o en forma religiosa³. La primera de las formas señaladas presenta dos variantes: la ordinaria que, es la celebrada ante la autoridad competente y dos testigos como resulta de los artículos 51, 57 y 58 del Código civil; y la extraordinaria como el matrimonio en peligro de muerte, ante funcionario incompetente, matrimonio secreto y el contraído por poder (arts. 52, 53, 54, 55 y 1280.5 CC que, exige este último que el poder conste en documento público).

En este contexto, el artículo 49 establece que «cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España: 1. Ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por este Código; 2.º. En la forma religiosa legalmente prevista. También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la Ley del lugar de celebración». Cuando finalice la *vacatio legis* de la Ley 20/2011, de 21 de julio —en concreto, el 30 de abril de 2021⁴— que sustituye a la Ley de Registro Civil de 1957, la redacción de este precepto en la redacción dada por citada la Ley 15/2015 será la siguiente «cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España. 1. En la forma regulada en este Código; 2. En la forma religiosa legalmente prevista. También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración».

Por su parte, el artículo 50 del Código civil regula la forma que, puede revestir el matrimonio extranjero en España disponiendo que «si ambos contrayentes son

extranjeros, podrá celebrarse el matrimonio en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo lo establecido por la ley personal de cualquiera de ellos». Ahora bien, si el matrimonio se celebra en el extranjero entre españoles o entre un español y un extranjero pueden los contrayentes optar entre la forma civil española —ante el funcionario diplomático consular encargado del Registro Civil que sea competente—, en forma canónica y en cualquiera de las que reconozca la ley del lugar de celebración.

Ahora bien, junto a los requisitos de capacidad y ausencia de impedimentos se exige, también, la concurrencia de una madurez psíquica suficiente para prestar el consentimiento matrimonial —capacidad de entender y querer la unión (art. 45)— que son objeto de verificación en el expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil (art. 56). La tramitación del expediente corresponde al juez o funcionario encargado del Registro Civil y al alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en quien este delegue y ante funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero (art. 51); si bien, el primero puede delegar esta función en el juez de paz (arts. 238 y 239 del RRC).

La redacción de este precepto al 30 de abril de 2021 será: «1. La competencia para constatar mediante acta o expediente el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio corresponderá al Secretario Judicial, notario o encargado del Registro Civil del lugar del domicilio de uno de los contrayentes o al funcionario diplomático o consular del encargado del Registro Civil si residiesen en el extranjero»⁵.

Resuelto favorablemente el expediente civil, el matrimonio deberá celebrarse ante el juez encargado del Registro Civil y los jueces de paz por delegación de aquel —juez de primera instancia encargado del Registro de su residencia y al juez de paz que lleva el Registro Civil correspondiente a su domicilio como delegado del primero (arts. 86 de la LOPJ, 11 de la LRC de 1957 y 46 RRC)—; ante el alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o el concejal en quien este delegue, debiendo esta delegación ser expresa y documentada previamente; ante el secretario judicial —letrado de la Administración de Justicia— o notario libremente elegido por ambos contrayentes que sea competente en el lugar de celebración —anticipando la Ley 15/2015, de 2 de junio la entrada en vigor del artículo 51.2.2.º del Código civil—; y si el matrimonio se celebra fuera de España ante el funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero (art. 51.2). Con efectos desde el 30 de abril de 2021 será competente para celebrar el matrimonio: «1. El Juez de Paz o el Alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o el concejal en quien este delegue —desapareciendo la posibilidad de celebrar el matrimonio ante el Juez de Primera Instancia—; 2. El Secretario Judicial o el notario libremente elegido por ambos contrayentes que sea competente en el lugar de celebración; 3. El funcionario diplomático consular encargado del Registro Civil en el extranjero».

Por su parte, el artículo 57 del Código civil —en su redacción actual como la que entrará en vigor el 30 de abril de 2021— distingue entre la competencia para instruir el expediente previo y la facultad que tiene el que sea competente para instruirlo de delegar su celebración ante una autoridad o funcionario distinto. Así, dispone que «el matrimonio deberá celebrarse ante el Juez, Alcalde o funcionario correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes y dos testigos mayores de edad. La prestación del consentimiento podrá también realizarse por delegación del instructor del expediente. Con efectos desde el 30 de abril de 2021 el citado precepto establecerá que: «El matrimonio tramitado

por el Secretario Judicial o por funcionario consular o diplomático podrá celebrarse ante el mismo u otro distinto, o ante el Juez de Paz, Alcalde o concejal en quien este delegue, a elección de los contrayentes. Si se hubiera tramitado por el Encargado del Registro Civil, el matrimonio deberá celebrarse ante el Juez de Paz, Alcalde o concejal en quien este delegue, que designen los contrayentes. Finalmente, si fuera el notario quien hubiera extendido el acta matrimonial, los contrayentes podrán otorgar el consentimiento, a su elección, ante el mismo notario u otro distinto del que hubiera tramitado el acta previa, el Juez de Paz, Alcalde o concejal en quien este delegue». Por lo que, al igual que sucede ahora, se puede instruir el expediente o acta ante uno de los funcionarios que enumera el artículo 51.1 del Código civil, atendiendo al domicilio de los contrayentes y que se celebre en otro distinto, que no sea el del domicilio de ninguno de los futuros contrayentes.

Después que, se celebre el matrimonio, el juez, alcalde o funcionario ante quien se haya celebrado extenderá inmediatamente la inscripción o el acta correspondiente con su firma y la de los contrayentes y testigos (art. 62 CC). Con efectos desde el 30 de abril de 2021 el mencionado precepto dispondrá que: «la celebración del matrimonio se hará constar mediante acta o escritura pública que será firmada ante quien se celebre, los contrayentes y dos testigos».

En este contexto, presupuesta en los contrayentes una capacidad natural de entender y querer la unión, esto es, de tener conciencia de lo que representa el matrimonio, así como el cumplimiento de los requisitos de capacidad y la ausencia de impedimentos y una determinada forma como requisito de validez del matrimonio civil, para que surja el vínculo matrimonial, además, resulta necesario que, el consentimiento se preste de forma consciente y libre. Así aquel no tiene lugar cuando hay ausencia de voluntad o concurre un vicio de voluntad y determina la nulidad del matrimonio.

GARCÍA CANTERO la define como «la sanción civil por ausencia o imperfección de alguna de las condiciones legalmente requeridas para la formación del vínculo»⁶. Por su parte BLANDINO GARRIDO la nulidad del matrimonio «es la invalidez del vínculo matrimonial derivado de la falta de concurrencia de alguno de los requisitos del matrimonio. La nulidad matrimonial arranca de la existencia, en el momento de la celebración de la unión nupcial, de impedimentos dirimentes, vicios del consentimiento o ausencia de las formalidades legales, según la regulación contenida en el artículo 73 del Código civil, que invalidan el vínculo matrimonial, privándole, en consecuencia, de toda eficacia jurídica «*ad initio*», es decir, como si nunca hubiera existido» y, asimismo, destaca como fundamento de la nulidad matrimonial que «se produce por la ausencia o defecto de los requisitos necesarios para la validez del matrimonio, ya sea de capacidad subjetiva, ya formales, o bien atinentes a la concreta formación y emisión del consentimiento matrimonial»⁷. En fin, para LASARTE ÁLVAREZ la nulidad matrimonial es «el supuesto de máxima ineficacia de la relación matrimonial, ya que la declaración de nulidad comporta la necesidad de identificar una causa coetánea a la celebración del matrimonio que invalida el vínculo entre los cónyuges desde el mismo momento de su celebración»⁸.

Sobre tales bases son causas de nulidad matrimonial: 1. El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial; 2. El matrimonio celebrado entre personas a que se refieren los artículos 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme el artículo 48; 3. El que se contraiga sin la intervención del juez, alcalde o funcionario en quien deba celebrarse o sin la de los testigos; 4. El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades

personales que por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento; 5. El contraído por coacción o miedo grave (art. 73). Por lo que, las causas de nulidad matrimonial se pueden concretar en tres tipos de causas: las que afectan al consentimiento matrimonial; a la capacidad de los contrayentes y las que afectan al cumplimiento de las formalidades o solemnidades relativas a su tramitación y celebración⁹.

Si bien, se indica por la mayoría de la doctrina que este elenco de causas no es cerrada, ni constituye un supuesto de *numerus clausus*, pues existen otros supuestos de nulidad fuera de la enumeración descrita en el citado artículo 73 en el mismo Código civil —así el artículo 78 del Código civil cuando existen defecto de forma—, como en otros textos legales¹⁰. Como precisa GETE-ALONSO «en el sistema actual existe un número tasado de causas de nulidad pero su fijación no resulta, de modo directo, de la enumeración que se contiene en este artículo, sino de la interpretación conjunta de toda la normativa, de la que resulta que un mismo hecho puede originar, según el caso, una u otra causa de las descritas en este precepto»¹¹.

Estas causas de nulidad establecidas en nuestra legislación civil se van a aplicar a todos los matrimonios, cualquiera que sea la forma de celebración de los mismos. DE VERDA Y BEAMONTE señala, al respecto que, la nulidad matrimonial asume, pues, «la específica función de tutelar la recta formación del vínculo matrimonial, razón por la cual atiende al momento constitutivo del matrimonio, prescindiendo de las sobrevenidas situaciones de crisis conyugal, cuya solución jurídica podrá hallarse en el divorcio o en la separación».

Frente a otros supuestos de crisis matrimonial, hay que destacar la excepcionalidad de la nulidad civil matrimonial, tanto en lo referido a la necesidad de concurrencia de causas establecidas por la ley, que afectan al propio vínculo matrimonial —consentimiento y capacidad—, como al rigor de la prueba que exigen los tribunales e implica la no existencia del matrimonio, mientras que el divorcio pone fin al vínculo matrimonial y la separación, por su parte, suspende algunos de los efectos de la relación conyugal, sin que conlleve la extinción del matrimonio¹². Al respecto precisan LÓPEZ ALARCÓN y NAVARRO VALLS que «no hay que descartar que esta continuidad del régimen de nulidad tiene otra razón en la concesión que se hace al Derecho canónico mediante el reconocimiento de efectos civiles a las decisiones canónicas de nulidad y de dispensa del matrimonio rato y no consumado que se ajusten al Derecho del Estado, lo que, en cierto modo, inclina al legislador a tener dispuesto un adecuado cuadro de nulidades que permita ese ajuste sin graves diferencias»¹³. Por su parte, GARCÍA CANTERO señala como diferencias entre la nulidad, separación y divorcio que, «mientras la nulidad el matrimonio no se ha formado válidamente, aunque haya existido una apariencia de unión conyugal durante años; la separación supone que el matrimonio ha sido válidamente celebrado, pero algunos de sus efectos (específicamente, la vida en común) se suspende en espera, sea de una reconciliación, sea de la ruptura definitiva. Y el divorcio implica que el matrimonio válidamente contraído, ha producido la plenitud de sus efectos durante cierto tiempo, aunque por causas sobrevenidas deja de producirlos por virtud de una sentencia»¹⁴.

En este contexto, atendiendo a la forma de contraer matrimonio civil, el presente estudio se va a centrar en la nulidad civil del matrimonio, en concreto, por error en las cualidades personales, tal como se ha resuelto en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 15 de enero¹⁵ en un supuesto de travestismo del esposo.

II. PRESUPUESTOS O REQUISITOS DEL MATRIMONIO CIVIL

Para SERRANO GÓMEZ el matrimonio es «un negocio jurídico de Derecho de Familia basado en el acuerdo de voluntades, fruto del consentimiento manifestado expresamente por los contrayentes»¹⁶. DE PABLO CONTRERAS señala que, se trata de «un negocio jurídico bilateral ya que sus efectos los produce la voluntad concorde o consentimiento de los esposos en cuanto va dirigido precisamente a que nazca ente ellos el vínculo»¹⁷.

Por su parte, LACRUZ BERDEJO lo define como «una comunidad formalmente establecida de convivencia de vida en la que la actividad sexual marca la diferencia respecto de otro tipo de agrupaciones familiares o cuasifamiliares sin distinción entre las uniones estables hetero u homosexuales»¹⁸. El matrimonio como negocio jurídico tiene como base la voluntad concorde o el consentimiento de los esposos que, genera el vínculo matrimonial; de forma que, el vínculo matrimonial se sustenta en el acuerdo de voluntades de los contratantes¹⁹.

Por lo que, el matrimonio como negocio jurídico tiene como base la voluntad concorde o el consentimiento de los esposos que, genera el vínculo matrimonial; de forma que, el vínculo matrimonial se sustenta en el acuerdo de voluntades de los contratantes²⁰. El artículo 45 del Código civil dispone al respecto que «no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial». Asimismo, se trata de un negocio jurídico formal o solemne que sustrae a la autonomía de la voluntad y que exige el sometimiento a las formalidades establecidas de forma imperativa en nuestro derecho positivo, esto es, a los requisitos o presupuestos objetivos tipificados por ley que, determina su validez. Además de los requisitos de capacidad que impiden que, puedan contraer matrimonio las personas «menores de edad no emancipados y los que están ligados con un vínculo matrimonial» (art. 46 CC), hay que destacar los impedimentos que, impiden que puedan celebrar matrimonio «determinados parientes y los condenados por la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellas» (art. 47), sin perjuicio de su dispensa con justa causa y a instancia de parte por el juez (art. 48). Asimismo, el consentimiento matrimonial, siguiendo el modelo formal prefijado en nuestro derecho, impide que el consentimiento matrimonial se someta a condición, término y modo que se tendrán por no puestos (art. 45.II).

Sobre tales bases, los requisitos para contraer matrimonio y para que sea considerado válido son, por un lado, personales o subjetivos referidos a la capacidad para contraerlo y los impedimentos; por otro, los materiales centrados en el consentimiento; y, en fin, formales, pues, la celebración del mismo exige el cumplimiento de una serie de formalidades²¹.

En cuanto a los primeros, el artículo 46 del Código civil establece que «no puede contraer matrimonio: 1. Los menores de edad no emancipados; 2. Los que estén ligados con vínculo matrimonial»; y, el artículo 47 del citado cuerpo legal se refiere a los impedimentos cuando señala que «no pueden contraer matrimonio entre sí determinados parientes —en línea recta por consanguinidad o adopción; y los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado— y los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal».

Con la reforma del Código civil por la Ley 15/2015 el artículo 48 del Código civil establece que «el juez podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, mediante resolución previa dictada en expediente de jurisdicción voluntaria, los impedimentos de muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal y de parentesco

de grado terceros entre colaterales». Por lo que, la dispensa solo afecta hoy a los impedimentos que enuncia el artículo 47 del Código civil.

Además de la edad y aunque el Código civil no alude expresamente a ello, también a un requisito personal la aptitud mental de los contrayentes, esto es, la exigencia de una madurez psíquica suficiente para prestar el consentimiento específicamente matrimonial (art. 45 CC)²². Los contrayentes han de tener la capacidad suficiente para entender y querer la unión.

El matrimonio ha de celebrarse de forma voluntaria y conociendo los efectos y las consecuencias que del mismo se deriven²³. De forma que, es posible que contraigan matrimonio un incapacitado (art. 171.4 CC) o una persona incapaz de hecho —que adolezca de alguna deficiencia psíquica—²⁴.

En todo caso, para acreditar la capacidad de los contrayentes para contraer matrimonio, se prevé la posibilidad que, en la tramitación del acta o expediente matrimonial, se solicite dictamen médico con carácter excepcional. Así el artículo 56 del Código civil en su párrafo 2 dispone en la redacción dada por la Ley 4/2017, de 28 de junio que: «El Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente cuando sea necesario podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que, faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que algunos de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial, pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento».

En todo caso, existe la posibilidad de reclamar dictámenes médicos u otras pruebas forenses de similar naturaleza, si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales que, pudieran hacer dudar de su aptitud para prestar el consentimiento. Si bien, de nuevo, se opta por la excepcionalidad en la adopción de tales medidas y, además, con carácter subsidiario solo se acudirá al dictamen médico cuando resultan insuficientes las medidas de apoyo²⁵. Por lo que opera, más en la línea de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad.

De todas formas, aunque el dictamen médico puede entenderse que vincula al instructor del acta o expediente —en términos similares al exigido por el Notario en los supuestos del artículo 665 del Código civil—, lo cierto es que, en cada caso, debe guiarse por el criterio de *favor matrimonii*, el interés de los contrayentes y del presunto incapaz.

En la misma línea del artículo 56 del Código civil, el artículo 245 del RRC «si el instructor estima que alguno de los contrayentes está afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, recabará del Médico del Registro Civil o de sus sustituto el dictamen facultativo oportuno». En cualquier caso, conviene señalar que, esta falta de aptitud mental o psíquica puede tener lugar principalmente en la fase de tramitación del acta o expediente matrimonial, y, también una vez aprobados estos, en el momento de emitir el consentimiento matrimonial. De apreciarse tal falta de aptitud mental tendrá como consecuencia la nulidad del matrimonio, como analizaremos.

Ahora bien, como hemos señalado, para apreciar la falta de aptitud en cualquiera de los contrayentes no implica que estos deben estar incapacitados judicialmente o incurso en alguna causa de incapacitación. Ni tampoco debe conectarse necesariamente y en todo caso con una determinada edad, dándose por supuesto

en situaciones de edad avanzada que, el sujeto tenga plena capacidad de entender y querer el acto concreto del matrimonio. De todas formas, conviene precisar que, aun habiendo sido incapacitado, el contrayente puede prestar el consentimiento matrimonial válidamente sin que exista ninguna restricción y sin que pueda invalidarse por ello el matrimonio, como así se constata en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de marzo de 2018²⁶. La cuestión jurídica que se plantea en esta resolución es, precisamente, la de la nulidad de un matrimonio por falta de capacidad para emitir el consentimiento por discapacidad intelectual de un cónyuge. Frente a las alegaciones que las demandantes recurridas vierten en su escrito de oposición, esta Sala entiende que sí existe interés casacional. La sentencia de la Audiencia Provincial, a la vista de los hechos probados, al declarar la nulidad matrimonial por falta de capacidad, puede oponerse a la doctrina de esta Sala contenida, entre otras, en las dos sentencias que se citan en el recurso, acerca de la titularidad de los derechos fundamentales de la persona con discapacidad así como de la función y alcance de las limitaciones de la capacidad y de las medidas de protección que prevé nuestro ordenamiento. Por otra parte, el que la Sentencia de esta Sala núm. 235/2015, de 29 de abril, citada por la Audiencia Provincial, resolviera un recurso sobre la nulidad de un matrimonio celebrado por una persona con discapacidad (admitiendo, por cierto, su validez) con apoyo en las sentencias aportadas por la recurrente establece que, ello no solo no excluye, sino que por el contrario evidencia la oportunidad para que esta Sala revise los criterios jurídicos aplicados por la sentencia recurrida para decretar la nulidad de un matrimonio frente al criterio de quien lo autorizó y de quien lo inscribió en el Registro Civil, en un caso en el que consta probado que el cónyuge que padecía la discapacidad y que, ciertamente, fue incapacitado, fue simultáneamente considerado por un juez capaz para interponer una demanda de divorcio. Sobre tales bases, la citada resolución parte de una serie de consideraciones sobre el consentimiento matrimonial y capacidad del contrayente que, reitera lo expuesto en líneas precedentes. Así después de señalar que, el derecho a contraer matrimonio es un derecho derivado de la dignidad del ser humano que está reconocido en el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el artículo 32 de la Constitución española, explica que la Convención sienta como principio general el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas [art. 3.a)] y que las medidas de apoyo que puedan adoptarse para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona (art. 12.4), dispone que, en 1981 se derogó la norma que impedía celebrar válido matrimonio a «los que no estuvieran en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio» (redacción originaria del art. 83.2 CC). En la actualidad, la aptitud natural para contraer matrimonio se recoge, de manera más adecuada al *ius connubii*, referida de manera precisa al consentimiento matrimonial (arts. 45 y 73.1 CC), y el artículo 56 del Código civil pone de relieve que las deficiencias o anomalías psíquicas por sí mismas no impiden celebrar un matrimonio válido. De ahí que, la causa del nacimiento del vínculo matrimonial sea el consentimiento de los cónyuges y, por consiguiente, la falta de capacidad natural de querer y entender la unión representa un requisito de validez del matrimonio.

Por otra parte, dispone que, la falta de consentimiento matrimonial es causa de nulidad y que, además de la acción de nulidad, nuestro ordenamiento establece

controles que permiten examinar la concurrencia de los requisitos de capacidad y ausencia de impedimentos: de manera previa, en el expediente que precede a la celebración del matrimonio, a efectos de autorizar o no su celebración (art. 56 CC); y, cuando el matrimonio se hubiera celebrado sin expediente matrimonial previo, en el momento de la inscripción (art. 65 CC).

En la redacción del artículo 56 del Código civil dada por la citada Ley 4/2017 se profundiza en esta tendencia al prever que, al tramitar el expediente matrimonial, «solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento».

Si el matrimonio se celebra sin previo expediente matrimonial, el control de la validez del matrimonio se lleva a cabo en el momento de la inscripción en el Registro Civil (art. 65 CC), sin perjuicio de la posibilidad del ejercicio de una acción de nulidad posterior.

En cuanto, al matrimonio en el extranjero entre un español y un extranjero puede celebrarse válidamente con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración (art. 49 CC), como ocurre en el presente caso, importa destacar, para esta Sala, que aunque la forma establecida por la ley del lugar de celebración sea válida, conforme al artículo 65 del Código civil es necesario (y seguirá siéndolo tras la reforma), para poder practicar la inscripción, comprobar que han concurrido los requisitos legales de fondo exigidos para la validez del matrimonio, lo que comprende tanto la capacidad matrimonial como la expresión del consentimiento matrimonial y el resto de los requisitos legales. Esta comprobación puede llevarse a cabo mediante la calificación de la «certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración», siempre que no haya dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española (art. 256.3.º del RRC) o, en ausencia de título documental suficiente, a través del expediente previsto en el artículo 257 del RRC, según el cual «el matrimonio solo puede inscribirse en virtud de expediente, en el que se acreditarán debidamente la celebración en forma del matrimonio y la inexistencia de impedimentos». En el expediente se comprende la audiencia reservada a los contrayentes (art. 246 del RRC). Se trata, en definitiva, de dar cumplimiento al principio de legalidad del Registro Civil, dirigido a evitar el acceso al mismo de un matrimonio nulo.

Por todo lo dicho, continúa la citada resolución manifestando que, a pesar que con la incapacitación desaparece la presunción general de capacidad de los mayores de edad (arts. 199 y 322 CC y 756 a 762 de la LEC), siempre que puedan prestar consentimiento matrimonial pueden celebrar un matrimonio válido tanto los incapacitados como las personas que, sin estar incapacitadas, adolezcan de alguna discapacidad que, a otros efectos, les impida gobernarse por sí mismas. Es decir, la discapacidad intelectual, *per se*, no determinan la falta de consentimiento matrimonial ni, por ello, la nulidad del matrimonio. Asimismo, manifiesto que, puesto que lo decisivo es la capacidad para expresar un consentimiento matrimonial referido a la persona del otro contrayente, la ausencia de informe médico tampoco determina *per se* la nulidad del matrimonio.

No obstante, precisa que, con dictamen médico o sin él, en ningún caso se excluye el ejercicio de una posterior acción judicial de nulidad en la que con todo medio de pruebas se valore la concurrencia de los requisitos de capacidad en el momento de la celebración del matrimonio».

A la vista de los hechos y de la doctrina expuesta, esta Sala considera que, no ha quedado suficientemente desvirtuada la presunción de capacidad para la

prestación de consentimiento matrimonial y que la consideración del matrimonio como derecho humano derivado de la dignidad de la persona y manifestación del libre desarrollo de la personalidad, también cuando se alcanza una edad avanzada, deben inclinar a reforzar el principio *favor matrimonii*. Por otra parte, la inscripción del matrimonio en el Registro Consular, de acuerdo con la legislación vigente aplicable a la que antes se ha hecho referencia, requería que previamente el cónsul comprobara la capacidad matrimonial. Por lo que, por todo lo dicho, considera que, en aras del principio del *favor matrimonii*, debe concluirse afirmando la aptitud de D. Álvaro para contraer matrimonio, puesto que, conociendo que se estaba tramitando un procedimiento de modificación judicial de la capacidad, el juez le reconoció capacidad para presentar la demanda de divorcio frente a su anterior esposa y el cónsul no advirtió en la tramitación del expediente la falta de capacidad para otorgar consentimiento matrimonial. Frente a ello no puede prevalecer el informe elaborado durante el procedimiento de modificación de la capacidad y del que resulta que la enfermedad padecida por D. Álvaro desde fechas anteriores a la celebración del matrimonio le impedía, a otros efectos, gobernarse por sí mismo. Puesto que, por lo dicho, ni el estar incapacitado ni el padecer discapacidad intelectual son hechos que excluyan por sí mismos la aptitud para celebrar el matrimonio, la sentencia recurrida restringe injustificadamente el derecho a contraer matrimonio, derecho reconocido a las personas con discapacidad por los tratados internacionales sobre derechos humanos y por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad²⁷.

Ciertamente, el Código civil establece una presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida (art. 322 CC), de forma que solo por la sentencia judicial que contenga la declaración de incapacitación se entenderá constituido en este estado (arts. 199 y 200 CC y 756 a 762 de la LEC). Esta presunción general de capacidad admite excepciones por las que debe comprobarse previamente la capacidad natural de la persona para prestar consentimiento a un acto determinado, y así sucede con el matrimonio porque el artículo 56.2 del Código civil, al igual que el artículo 58.5 párrafo segundo de la LRC y en la línea ambos de los postulados de la Convención, dispone que «(...) Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento». La función del dictamen es constatar por el encargado del Registro Civil en la entrevista reservada o por la documental obrante en el expediente, la existencia de alguna deficiencia o anomalía psíquica, siendo exigible solo en el caso excepcional de un mínimo discernimiento en la persona del contrayente. La solución acogida por nuestro Derecho vigente, en línea con los antecedentes históricos, es excluir que las deficiencias o anomalías psíquicas constituyen por sí mismas impedimento para que la persona afectada por las mismas pueda contraer matrimonio²⁸. Prueba de ello es la previsión contenida en el artículo 171 párrafo segundo, número cuatro del Código civil, conforme al cual la patria potestad prorrogada sobre los hijos que hubieren sido incapacitados se extingue «por haber contraído matrimonio el incapacitado», de lo que se colige que la incapacitación judicial del contrayente no es incompatible con la capacidad natural para contraer matrimonio. En todo caso, tal solución opera con catalogar el derecho del matrimonio entre los derechos humanos, su protección constitucional (arts. 32 y 53 de la CE) y los planteamientos de la Convención de Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad que, siente como principio general el respeto

de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas [art. 3.a)] y que las medidas de apoyo que puedan adoptarse para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona (art. 12.4).

De ahí, la importancia del dictamen médico solo cuando se constate que, existen unas deficiencias o anomalías físicas o psíquicas que impiden totalmente gobernarse a la persona, pese a las medidas de apoyo adoptadas dice el artículo 56.2 del Código civil y, por ende, dotándole a aquel de excepcionalidad en su adopción²⁹. Con ello, se dota de máximo valor al juicio de capacidad que lleva a cabo el instructor del expediente o del acta —de acuerdo con el principio *pro capacitate* y proporcionalidad en la adopción de medidas de apoyo que exige la Convención—. En esta línea opera la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de marzo de 2018 frente a la posición del voto particular. Precisamente, en el supuesto resuelto por la misma, aunque el matrimonio se contrae iniciado y tramitándose el procedimiento de modificación de la capacidad, el cónsul —al ser un matrimonio celebrado en el extranjero, en concreto en China entre D. Álvaro y D.^a Dulce— no advirtió previamente a la inscripción en el Registro Consular de dicho matrimonio, la falta de capacidad de D. Álvaro para otorgar el consentimiento matrimonial. Además, mientras se estaba tramitando el procedimiento de modificación judicial de la capacidad, el juez que estaba dirimiendo, a su vez, el divorcio de su primer matrimonio, le reconoció capacidad para presentar demanda de divorcio. A ello habría que añadir que, es relevante que, durante la tramitación del procedimiento de modificación judicial de la capacidad se tuviera conocimiento de la celebración del matrimonio, una vez dictada la sentencia de modificación judicial de la capacidad nada se dijera sobre la capacidad para contraer matrimonio y, además, no se procedió a ejercer la acción de nulidad matrimonial ni por el Ministerio Fiscal ni por la tutora y se esperó al fallecimiento de D. Álvaro, cinco años después.

Ciertamente, ni estar incapacitado ni padecer una discapacidad intelectual o enfermedad neurodegenerativa —tipo alzheimer— como padecía D. Álvaro ni la edad avanzada determinan por sí mismas la falta de aptitud para contraer matrimonio, si a juicio del instructor del expediente o del acta en la audiencia reservada a los contrayentes, o el cónsul previamente a la inscripción entienden que, tienen ambos contrayentes en el momento de celebración del matrimonio la capacidad para contraerlo, para prestar el consentimiento. Y, si lo considera pertinente y, en todo caso excepcionalmente —como último recurso cuando no pueden operar las demás medidas de apoyo— recabar dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento. Todo ello en aras del máximo respeto a la dignidad de la persona, al interés de la persona incapacitada, al principio *pro capacitate* y en este supuesto, al principio *favor matrimonii*³⁰.

En todo caso, como tantas veces hemos reiterado, la capacidad se presume a todo mayor de edad, por lo que corresponderá a quien no sostenga la validez del matrimonio —como igualmente ocurre a quien ponga en duda la capacidad de testar del sujeto— probar la falta de capacidad, alegando para ella la existencia de deficiencias o anomalías psíquicas en uno de los contrayentes o los dos que impidan expresar el consentimiento matrimonial. Ahora bien, una enfermedad o deficiencia psíquica se diagnostica con posterioridad a la celebración del matrimonio, o si, igualmente, se le incapacita judicialmente posteriormente a tal celebración o durante la tramitación del acta o expediente, el matrimonio es válido siempre que se acredite que cuando se prestó el consentimiento al celebrarse el

matrimonio, tenía capacidad para ello o aptitud para entender y querer el acto matrimonial³¹.

III. CONSENTIMIENTO: AUSENCIA DE VOLUNTAD Y VICIOS MATRIMONIALES

Presupuesta en los contrayentes la aptitud natural de entender y querer lo que representa el matrimonio y el cumplimiento de los requisitos de capacidad y la ausencia de impedimento para que tenga lugar el vínculo, hay que señalar que, el consentimiento matrimonial constituye elemento esencial del matrimonio, teniendo en cuenta que este presenta un carácter intrínsecamente consensual, la causa del mismo y como negocio de familia exige la voluntad concurrente de ambos cónyuges para conformar lo que representa el vínculo matrimonial³². Ciertamente, la relación jurídica matrimonial produce la voluntad concorde o consentimiento de los esposos en cuanto dirigido a que nazca entre ellos el vínculo matrimonial —la matrimonialidad del consentimiento—³³.

LACRUZ BERDEJO define el consentimiento como «la voluntad consciente de la persona que lo presta de establecer con otra el vínculo que comporta la institución matrimonial»³⁴. Por su parte, LÓPEZ ALARCÓN y NAVARRO VALLS el consentimiento «constituye la sustancia del negocio jurídico matrimonial y para que exista y sea válido se requiere que los contrayentes tengan capacidad psíquica para consentir, que la prestación del consentimiento sea real y seria, es decir, no simulada, que ese consentimiento se ordena a una causa jurídica específica y, por último, que la formación de la voluntad no esté viciada por anomalías cognitivas o volitivas que la Ley haya tipificado como causa de nulidad»³⁵. En todo caso, el consentimiento de los contrayentes genera el vínculo matrimonial, para lo que resulta necesario que concurren en ellos ciertos requisitos o presupuestos objetivos tipificados por la ley que determinan su validez. El objeto del consentimiento matrimonial se identifica con el contenido personal del matrimonio en lo que constituyen los deberes a asumir por los cónyuges (arts. 66, 67 y 68 CC)³⁶.

En este contexto, el consentimiento ha de ser prestado además de consciente, de forma libre, pues, nadie puede ser obligado a contraer matrimonio. Por lo que no es consciente y libre el consentimiento cuando falta la completa voluntad en los casos de *vis absoluta*, esto es, que para arrancar el consentimiento de uno o ambos contrayentes, se emplease una fuerza irresistible; o cuando la declaración es *iocandi causa*³⁷; o hay error obstativo; o, en fin, se contrae por error o coacción o miedo grave. Así se considera nulo el matrimonio «celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento» (art. 73.4), y el matrimonio contraído por coacción o miedo grave (art. 73.5). Ahora bien, en la medida que el matrimonio constituye un negocio jurídico puro, no puede estar limitado ni condicionado, es decir, no cabe someterlo a condición, término o modo en cualquiera de sus modalidades³⁸. Por otra parte, el consentimiento ha de ser expresado al exterior en cualquier forma y puede utilizarse para ello la expresión, escrita, oral o mediante gestos. A dicha expresión exteriorizada del consentimiento se refiere el artículo 58 del Código civil. Precisamente la exigencia de tal exteriorización del consentimiento puede plantear entre otras cuestiones, qué efectos debe asignarse a la discordancia consciente y querida entre la declaración de voluntad de querer contraer matrimonio que se emite y la voluntad real o interna que se mantiene oculta y que se plasma

en el deseo de contraerlo. Esta discordancia puede obedecer a dos modalidades distintas: la simulación y la reserva mental.

1. LA SIMULACIÓN Y LA RESERVA MENTAL

En la simulación, las partes de común acuerdo emiten una declaración de voluntad deliberadamente discordante con la voluntad interna³⁹. Una apariencia de matrimonio y la exclusión o modificación de efectos que le son propios. De forma que, los dos contrayentes pese a expresar formalmente su consentimiento, aparentan querer celebrar un matrimonio entre sí, no desean realmente que tenga lugar el vínculo matrimonial⁴⁰. SERRANO GÓMEZ señala como requisito esencial para poder hablar de matrimonio simulado «el que los contrayentes aparentan querer celebrar un matrimonio, aunque lo que realmente persiguen es conseguir un objetivo que no es consustancial a él»⁴¹. Por su parte DÍAZ MARTÍNEZ indica que «ambos cónyuges o al menos uno de ellos no presta verdaderamente consentimiento matrimonial, asumiendo la comunidad de vida y los deberes inherentes al vínculo matrimonial»⁴². Ciertamente, como señala GETE-ALONSO «simula el matrimonio quien mediante pacto —a modo simulatorio— excluye los efectos esenciales de este y los modifica tan sustancialmente que se queda en el puro nombre»⁴³. En fin, como precisan LÓPEZ ALARCÓN y NAVARRO VALLS «la simulación matrimonial atiende escuetamente a si ha habido consentimiento matrimonial y si este consentimiento, en el supuesto de su existencia, fue un consentimiento tipificado por la causa y el objeto propiamente matrimonial»⁴⁴. En la Instrucción de 31 de enero de 2006 de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre los matrimonios de complacencia se entiende como matrimonio simulado «aquel cuyo consentimiento se emite por una o ambas partes, en forma legal pero mediante simulación, esto es, sin correspondencia con un consentimiento interior, sin una voluntad real y efectiva de contraer matrimonio, excluyendo el matrimonio mismo en la finalidad y en los derechos y obligaciones prefijados por la ley o bien un elemento o propiedad esencial del mismo». En el matrimonio simulado se da, por tanto, una situación en que la declaración de voluntad emitida no se corresponde con la real voluntad interna. Se excluyen los fines propios y específicos de la unión matrimonial, esto es, los efectos esenciales del matrimonio. Supone, en esencia, utilizar el matrimonio como medio para alcanzar un efecto que se deriva de aquel⁴⁵.

Por otra parte, hay que distinguir entre simulación absoluta —falta de consentimiento y exclusión del matrimonio— y simulación relativa —se pretende constituir un vínculo matrimonial de manera ficticia con la intención de excluir algún elemento o efecto propio del matrimonio, desviándose de lo que representa la causa misma del matrimonio⁴⁶. En esta línea, señala DE PABLO CONTRERAS que «la simulación total, que se da cuando los contrayentes no quieren realmente el matrimonio mismo y la simulación parcial, que tiene lugar cuando los contrayentes excluyen al consentir alguno de los elementos o caracteres esenciales del matrimonio predispuestos por el Derecho objetivo»⁴⁷. Asimismo, LÓPEZ ALARCÓN y NAVARRO VALLS precisan que en la simulación absoluta «no hay consentimiento por ambas partes, se rechaza el matrimonio, simplemente no quieren contraerlo, bien haya acuerdo simulatorio o bien coinciden los propósitos separados de no contraer. Los cónyuges o alguno de ellos no quieren consentir en que tenga existencia el matrimonio y, sin embargo, prestan un consentimiento aparente que es ficticio (...). Mientras en la simulación relativa lo

que los contrayentes pretenden es instrumentalizar el matrimonio al servicio de funciones que no se corresponden con lo que es propio del matrimonio y que constituye su causa» y añaden «la simulación relativa afecta a la conyugalidad del consentimiento y se produce cuando las partes pretenden una utilidad que no es propia del matrimonio, la cual queda oculta como causa de simulación (*causa simulandi*) y que explica la exclusión del consentimiento matrimonial mediante la pretensión de instrumentalizar el matrimonio para alcanzar fines impropios de este»⁴⁸. Ciertamente en la simulación total los cónyuges no quieren contraer matrimonio y en la simulación relativa los contrayentes excluyen al consentir alguno de los elementos o caracteres esenciales del matrimonio establecidos en la norma⁴⁹.

En todo caso, la mayoría de la doctrina solo otorga relevancia en nuestro sistema matrimonial para la mayoría de la doctrina a la simulación total⁵⁰.

Ahora bien, la simulación debe ser probada por quien la alega, siendo posible la aportación de pruebas indirectas, o al juego de las presunciones basadas en hechos objetivos, resultando necesario que entre el hecho demostrado y el que pretende deducirse exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (art. 386 de la LEC)⁵¹.

En todo caso, dentro de la categoría de los matrimonios simulados están los llamados matrimonios de complacencia, conveniencia o matrimonios blancos. Se trata de matrimonios celebrados entre un ciudadano/a español y un extranjero —ajeno a la Unión Europea— a veces mediante precio o contraprestación, con el propósito de obtener alguno de los beneficios que el ordenamiento jurídico concede como permiso de residencia en España o la nacionalidad española, pensión de viudedad⁵². Son matrimonios en los que no concurre un verdadero consentimiento matrimonial, sino «matrimonios meramente aparentes»⁵³.

Los matrimonios simulados son nulos de pleno derecho conforme a los artículos 45.1 y 73.1 del Código civil por faltar el elemento esencial del consentimiento.

Ahora bien, esta nulidad se produce no solo en los casos en que el vicio o discordancia consciente entre las voluntades internas y externas sea bilateral (haya o no un previo «*consilium simulationis*» entre los contrayentes), sino también en los casos en que la ausencia de verdadero consentimiento matrimonial se produce en un solo de ellos (reserva mental) que, supone la existencia de una voluntad unilateral⁵⁴.

En cuanto a la reserva mental, como precisa SERRANO GÓMEZ representa «la discordancia entre lo expresado y lo querido se da en uno solo de los contrayentes que no desea la normal producción de los efectos del matrimonio. El otro realmente quiere celebrarlo e ignora cuál es la verdadera voluntad del sujeto con el que se casa. La nota característica de la reserva mental es, por tanto, su carácter unilateral, ya que si afecta a ambos cónyuges, hablaríamos de simulación»⁵⁵. Para LÓPEZ ALARCÓN y NAVARRO VALLS la simulación mediante reserva mental «pertenece al fuero interno de la conciencia y consiste en las decisiones que adopta un sujeto internamente y sin ninguna exteriorización relacionante que, por lo tanto, no tiene relevancia jurídica»⁵⁶.

Al respecto, señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 8 de noviembre de 1999⁵⁷ existe reserva mental en el matrimonio cuando se comprueba en cualquiera de los contrayentes una discordancia mantenida conscientemente ante el querer interno y el querer manifestado en la celebración, con la finalidad de obtener determinados propósitos ocultos a través de la prestación de ese consentimiento aparente, esto es, dicho en otros términos, por reserva mental dentro del contexto matrimonial debe entenderse

la voluntad mantenida internamente por uno de los contrayentes de conseguir un propósito determinado, acompañada de la declaración de consentir matrimonialmente, no queriendo realmente contraer matrimonio, sino conseguir esa finalidad oculta, para lo que el matrimonio aparentemente celebrado constituye un instrumento idóneo. De tal definición se derivan y se desprenden las características esenciales de la reserva mental que son: a) La gestación consciente en el fuero interno de uno de los contrayentes, de la divergencia entre lo internamente querido y lo manifestado; b) El secreto y desconocimiento para la otra parte, lo que conlleva un engaño a esta y normalmente para terceros, sobre la verdadera intención o propósito real de quien realiza la reserva mental; y c) La existencia de una verdadera intención oculta, un fin realmente querido («*propositum in mente retentum*») que, se pretende conseguir mediante la celebración de un matrimonio aparente, por lo que no coincide con la voluntad negocial declarada, no querida realmente. Asimismo de aquella, resultan los presupuestos subjetivos de aplicación de la reserva mental en el matrimonio como son, en síntesis: a) La unilateralidad de la reserva mental; b) La ocultación al otro contrayente; y c) La divergencia consciente entre la declaración y la voluntad negocial. En definitiva y para concluir, es de constatar que, la existencia de la reserva mental en uno de los contrayentes al celebrarse el matrimonio, supone la ausencia de voluntad matrimonial y la existencia de una voluntad interna dirigida a conseguir un propósito determinado, que la otra parte no conoce⁵⁸.

Ahora bien, mientras la simulación determina la nulidad del matrimonio por ausencia del consentimiento y requiere un acuerdo simulatorio entre las partes, es decir, un pacto entre los contrayentes mediante el que se excluyen los fines matrimoniales o se alteran sustancialmente; por lo que es bilateral; en la reserva mental hay una ausencia de verdadero consentimiento matrimonial se produce en uno solo de los contrayentes, de forma que, es unilateral y provoca mayores dificultades probatorias⁵⁹. Efectivamente, estas dificultades probatorias implica como precisa DÍAZ MARTÍNEZ «nadie puede tener el poder de conocer con total exactitud la voluntad interna de una persona excepto ella misma». De ahí, la importancia de la prueba de las presunciones como en la simulación, y la exigencia de tener en cuenta los actos coetáneos y posteriores a la celebración del matrimonio con el objeto de poder conocer la voluntad interna del contrayente⁶⁰.

En todo caso, la doctrina de forma mayoritaria considera que, tanto en la simulación como la reserva mental hay falta de consentimiento⁶¹; sin embargo, no faltan autores como GETE-ALONSO que señala que «no cabe dar entrada a aquellas causas de nulidad que supongan dejar al arbitrio de uno de los cónyuges el mantenimiento y certeza del vínculo matrimonial»⁶².

En fin, en supuestos de ausencia de voluntad, en el caso *vis absoluta* —para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible—, en los de declaración no sería o *iocandi causa*, pues, no hay tampoco verdadera intención de contraer matrimonio, ni una real voluntad de conseguir una apariencia del mismo⁶³, o en la ausencia de la función intelectual que imposibilite emitir una declaración de voluntad expresa (situación de coma)⁶⁴ o, trastorno mental que excluya la conciencia de la declaración (ingesta de alcohol, drogas).

2. EL ERROR EN EL MATRIMONIO COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO

El artículo 73.1 del Código civil menciona el error en la persona y la coacción, miedo grave e intimidación como vicios del consentimiento.

SERRANO GÓMEZ señala que «el error implica que la voluntad manifestada al exterior y la voluntad interna son coincidentes, pero se han formado de forma defectuosa sobre la base de circunstancias o ideas que no se ajustaban a la realidad y que de haberlas conocido en su justa medida ese consentimiento no se hubiera formado o lo habría hecho de manera distinta y desde luego no se hubiera emitido tal y como se hizo»⁶⁵.

El error como vicio del consentimiento es causa de nulidad del matrimonio cuando es de especial trascendencia y determinante de la declaración de voluntad.

Hay que distinguir entre error en la identidad de la persona y error en las cualidades personales. El error en la identidad de la persona del otro contrayente consiste en la creencia equivocada que se contrae matrimonio con una determinada y concreta persona que, sin embargo, resulta ser otra distinta⁶⁶. Este tipo de error resulta bastante improbable en la práctica, solamente puede producirse cuando no se conoce el otro contrayente o aun conociéndolo concurren circunstancias que permitan la suplantación de la personalidad, como el contraído por una persona ciega o en la celebración del matrimonio por poder, o en supuestos en que se haya solicitado los servicios de mediación familiar o en el uso de un nombre falso⁶⁷.

El error sobre la identidad de la persona es, para la mayoría de la doctrina, propiamente un caso de error obstativo y este supone precisamente «ausencia de consentimiento matrimonial por falta de concordancia entre la voluntad y la declaración»⁶⁸ e, ignorancia «del valor de la declaración o del significado esencial del matrimonio»⁶⁹. En esencia, el otorgante «desconoce la trascendencia jurídica y el alcance de la declaración que está efectuando»⁷⁰. Este error obstativo que implica falta de consentimiento se encuentra acogido en el artículo 73.1 del Código civil, y no en el relativo a los vicios⁷¹. Ciertamente, el error en la persona admite dos tipos: el que recae sobre la identidad del otro contrayente —error obstativo— y, el propio error vicio o error motivo que recae sobre las cualidades personales (art. 73.4 CC)⁷².

En cuanto al error en las cualidades personales del otro contrayente, señala DE VERDA Y BEAMONTE que la cualidad personal puede definirse como «un accidente no patrimonial apto para caracterizar a una persona de modo permanente o estable», a lo que añade que en el sentido del artículo 73.4 del Código civil son cualidades personales «todos aquellos accidentes no patrimoniales aptos para caracterizar a la persona del otro contrayente de modo permanente o estable y que, existiendo al tiempo de celebración del matrimonio, actúan como motivo impulsor de la prestación del consentimiento matrimonial de una de las partes»⁷³. Por lo que, en este supuesto la persona con la que se celebra el matrimonio es la misma con la que se quiere contraer, pero «carece de las cualidades de carácter personal que se creía tener, o bien reúne otras que no eran las queridas o esperadas, o que causan un importante desagrado»⁷⁴.

Como precisa DÍAZ MARTÍNEZ la jurisprudencia tiene declarado que ha de estar referido a atributos o accidentes que afecten esencialmente a la persona o la acompañen sustancialmente, no siendo relevante el que recaiga sobre otras cualidades que no sirven para distinguir a una persona de otra»⁷⁵.

Han de ser, además aquellas que por su entidad fueran determinantes del consentimiento matrimonial y que no pudieran ser apreciadas por el otro contrayente, empleando una diligencia media⁷⁶.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.^a, de 5 de junio de 2006⁷⁷ señala, al respecto, como requisitos para que se produzca la nulidad por error en el consentimiento: 1. Que recaiga sobre cualidades personales

del otro contrayente y existentes en el momento de prestar el consentimiento matrimonial; 2. Que tal cualidad personal debe tener una entidad importante; 3. Que dicho error sea determinante (esencial) para la prestación del consentimiento.

Ciertamente, el artículo 73.4 del Código civil alude a «aquellas cualidades personales que por su entidad hubieran sido determinantes de la prestación del consentimiento», de forma que, de su tenor literal se desprende que ha de tratarse de circunstancias esenciales en cuanto implica una creencia equivocada determinante de la prestación del consentimiento y, decisivas para el que emitió el consentimiento sin que aquellas tengan que reunir una determinada relevancia o trascendencia⁷⁸.

La doctrina ha adoptado dos posiciones para delimitar los supuestos en que una cualidad personal ha sido por su entidad determinante de la prestación del consentimiento. Por un lado, se parte de la tesis o criterio subjetivo considerando error relevante aquel que conforma la voluntad del contrayente, conduciéndole a prestar el consentimiento⁷⁹. Se individualiza en la persona que la emite. Para GETE-ALONSO Y CALERA «depende de la persona, relativa porque hace referencia a un matrimonio concreto y a las singulares personas entre las que se celebra»⁸⁰; por su parte, SERRANO GÓMEZ indica que con esta tesis subjetiva se atiende a la consideración personal que el afectado por error tiene de esas cualidades personales, es decir, se mueve en una valoración puramente individual de tales circunstancias⁸¹. Por otro lado, se alude a la tesis o criterio objetivo, así se entiende que no cualquier cualidad puede ser determinante de la prestación del consentimiento, sino solo aquellas que «conforme a las circunstancias sociales y morales del momento y del lugar donde se ha celebrado el matrimonio, sea tomado como obstáculo lógico a su celebración»⁸². En fin, no faltan quienes optan por una tesis intermedia donde se debe conjugar la percepción personal de quien padece el error respecto de las cualidades del otro contrayente y la realidad social en que opera el matrimonio⁸³, esto es, se atiende a la concreta persona que padece el error y a la opinión común o realidad social o las convicciones sociales de la época en que se celebra el matrimonio, ponderando las circunstancias del caso⁸⁴. En esta línea, LÓPEZ ALARCÓN y NAVARRO VALLS entienden que debe tenerse en cuenta también «la importancia que, según la opinión social tienen determinadas cualidades personales como decididamente influyentes en la constitución norma de una relación conyugal, guardando un adecuado equilibrio que no violente la opinión personal del sujeto en cuanto aprecio y significado que tiene para él la cualidad de la otra persona»⁸⁵. Por su parte, DÍAZ MARTÍNEZ sugiere la necesidad de un enfoque sociológico de las cualidades personales cuya falsa representación puede dar lugar a la anulación del matrimonio⁸⁶.

No resulta fácil delimitar cuáles son las cualidades personales de un sujeto, la doctrina suele aludir a las cualidades estéticas, psíquicas o físicas o de carácter cultural o social⁸⁷. Según GETE-ALONSO Y CALERA entre las cualidades que puede originar este vicio puede citarse, a título de ejemplo, «las deficiencias o anomalías psíquicas que no impiden u obstaculizan la emisión de un consentimiento válido por parte de quien las padece, la toxicomanía, la impotencia, la existencia de una enfermedad infecciosa grave, la esterilidad, el estar condenado a una pena de privación de libertad»⁸⁸. Para DE VERDA Y BEAMONTE pueden enumerarse las siguientes cualidades personales: «a) Cualidades físicas (impotencia, esterilidad, embarazo, edad); b) Enfermedades físicas y mentales; c) Cualidades relativas a la orientación sexual de los contrayentes (homosexualidad, ninfomanía); d) Cualidades relativas al estado civil de las personas (nombre, condición de divorciado, nacionalidad); e) Cualidades de carácter confesional (profesión religiosa, orden

sacerdotal, credo religioso, vínculo canónico precedente); f) Cualidades morales (condena penal, virginidad, grave propensión a la mentira); g) Profesión; h) Transexualidad»⁸⁹. En esta línea, LÓPEZ ALARCÓN y NAVARRO VALLS señalan que «las cualidades se predicán de la persona considerada no solamente en su configuración física, sino también cultural, social, ética, profesional, etc. Por ello, la casuística es amplia y abarca enfermedades somáticas o psíquicas crónicas, anomalías o desviaciones sexuales, grave condena penal por delito, enfermedad crónica impotencia, esterilidad, virginidad, embarazo *ab alio*, condición sacerdotal y otras que habrán de aprobarse y que la jurisprudencia irá elaborando»⁹⁰.

En este contexto, la cualidad personal se predica tanto de la dimensión física de la persona como la psíquica⁹¹. De ahí que, como afirma SERRANO GÓMEZ cualidades han de entenderse «todas aquellas que configuran la personalidad y también la apariencia física de una persona, es decir, las cualidades físicas, psíquicas, ideológicas o morales que, individualizan y diferencian una persona respecto de otra»⁹².

El ser personales implica, por tanto, que se predicán de la persona en su condición de tal y no en su proyección económica o profesional⁹³.

De modo que, por no ser personales se excluyen las cualidades patrimoniales y, en general, las de índole económica/profesional o las que afectan a una esfera que no sea la estrictamente personal (física o psíquica)⁹⁴. DE VERDA Y BEAMONDE señala al respecto que del ámbito de aplicación del artículo 73.4 inciso segundo del Código civil se excluyen: «1. Los accidentes de la persona que, en ningún caso, puedan ser considerados cualidades personales, bien por su carácter exclusivamente patrimonial, bien por su carácter transitorio o pasajero; 2. Los accidentes que, siendo extrapatrimoniales y duraderos, pueden ser considerados como cualidades personales pero que no constituyen error en la cualidad personal *ex* artículo 73.4 del Código civil, por referirse a la propia persona o a la de un tercero, por no existir al tiempo de la celebración de las nupcias o por tratarse de cualidades que funcionan por medio de individualización de la persona de los contrayentes (error *redundans*)»⁹⁵.

El momento determinante para concretar la existencia de un vicio del consentimiento es el de la celebración del matrimonio. Se trata de circunstancias anteriores o coetáneas a tal momento, que son las que pueden afectar al consentimiento matrimonial; de cierta relevancia e ignorado o desconocido por una de las partes⁹⁶.

Señala BLANDINO GARRIDO al respecto que «el comportamiento posterior del cónyuge que, disguste o sorprenda al otro, no puede ser, en cambio, invocado como error en la prestación del consentimiento determinante de la nulidad, puesto que el citado artículo 73.4 del Código civil no se refiere a la conducta que espera del otro cónyuge durante la vida matrimonial, ello sin perjuicio de que pueda acudirse a la separación o disolución del matrimonio»⁹⁷.

Si bien, señala la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de julio de 1987⁹⁸ para apreciar si las cualidades personales han sido determinantes de la prestación del consentimiento matrimonial, resulta necesario interpretar y valorar los hechos y conductas de ambos cónyuges sobre todo en el periodo de relaciones mantenidas por los esposos durante el noviazgo.

En todo caso, deben las cualidades personales poseer cierto grado de permanencia, no las meramente accidentales y circunstanciales que, permita configurar el carácter personal del contrayente⁹⁹ y de cierta gravedad¹⁰⁰.

En esencia, el error debe recaer en cualidades personales de cierta entidad que, hayan sido decisivas y determinantes para la prestación del consentimiento

por el contrayente que erró, también idóneas y precisas para el desenvolvimiento de la vida conyugal¹⁰¹. Además de tener en cuenta la persona concreta —criterio subjetivo— y atender a las convicciones sociales y a la realidad social —criterio objetivo—¹⁰². No requiere el requisito de excusabilidad¹⁰³ y puede ser convalidable (art. 76 CC).

De todas formas, el error en la cualidad personal puede acaecer positivamente (tener una cualidad que no se desea) o negativamente (carecer de una cualidad que se desea)¹⁰⁴, y habrá de probarse su existencia y su falta de conocimiento por parte del contrayente que ha sufrido el error antes del matrimonio¹⁰⁵.

En este contexto, no procede el error en las cualidades personales en relación con el ejercicio de la prostitución, pues, antes hubo noviazgo y relaciones sexuales previas al matrimonio¹⁰⁶; tampoco en el ejercicio de una profesión de forma pública, notoria y continuada sin título habilitante para ello, al referirse el artículo 73.4 del Código civil a cualidades o aspectos interiores o intrínsecos de la persona¹⁰⁷. También carece de relevancia a los efectos de la nulidad del matrimonio, la carencia de título de ATS en uno de los contrayentes que, impidió al matrimonio establecer y gestionar una residencia geriátrica, pues, no afecta al vínculo matrimonial¹⁰⁸. Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.ª, de 15 de febrero de 2001¹⁰⁹ señala que, el carácter de una persona no es una cuestión de matiz y que, como indica el juez a quo que, no ha de olvidarse que la vida en común de los cónyuges permite llegar a observar matices en el modo de ser que, no se puede descubrir durante el noviazgo y que, de admitirse, darían lugar a innumerables casos de nulidad. En esta línea, tampoco se considera error en las cualidades personales como manifiesta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.ª, de 24 de mayo de 2010¹¹⁰ los errores relativos a la conducta, comportamiento, afectividad, dedicación a la familia, generosidad, gustos, aficiones, en definitiva el carácter y la forma de ser y actuar de cualquiera de los cónyuges a partir del inicio de la convivencia matrimonial. Tales errores no pueden ser invocados como cualidad esencial, pues, lo que ampara el citado artículo 73.4 del Código civil no es la referencia a la conducta que se esperaba en el futuro del otro cónyuges durante la vida en común; de tal manera que, si la actuación y la conducta de uno de los cónyuges no es lo que desearía el otro o no se concilia con la idea que este tiene de la relación matrimonial, de lo que esperaba el uno del otro en la convivencia y desencadenaría la intolerancia y la incomprensión entre los cónyuges que no son capaces de adaptar sus pautas de comportamiento en la relación matrimonio, se habría producido una pérdida de la «*affectio maritalis*» para lo cual nuestro ordenamiento jurídico dispone de los remedios de la separación y el divorcio.

Asimismo, el carácter, la forma de ser y actuar al inicio de la convivencia no pueden ser invocados como cualidad especial¹¹¹; ni los errores de pronóstico futuro relativo a la conducta del otro contrayente¹¹²; ni el cambio de afectividad, atención y dedicación personal que se pueda producir tras la celebración del matrimonio respecto a periodos anteriores¹¹³; ni la impotencia sufrida por el actor, al ser una conocida por el otro cónyuge con anterioridad a la celebración del matrimonio¹¹⁴; ni la falta de fidelidad del otro contrayente sirve para determinar el error en las cualidades personales. El hecho que el consentimiento se preste bajo la confianza o condición que con anterioridad a la celebración del matrimonio el otro contrayente habría observado esa exigencia de fidelidad, generalmente, entendido como indemnidad en la vida sexual con persona distinta al futuro consorte, no supone que con ello se afecte una cualidad personal que determine el consentimiento¹¹⁵; ni el ejercicio de la prostitución, aun conocida tras

la celebración del matrimonio, si ha habido una previa relación sexual anterior al matrimonio¹¹⁶. En fin, tampoco se considera error en las cualidades personales del contrayente demandado determinante de la prestación del consentimiento el haber ocultado que tenía un hijo fruto de una anterior relación en su país de origen¹¹⁷.

Por el contrario, se considera invalidante del consentimiento matrimonial el padecimiento de una enfermedad maniaco-depresiva, un retraso mental leve y un trastorno de adaptación con alteración de las emociones de evidente entidad objetiva y configuradora de la personalidad del contrayente, cuyo desconocimiento por el otro contrayente demandante supone que, incide de un modo especial en la concreta formación de su consentimiento¹¹⁸. También se considera error en las cualidades esenciales el mantenimiento por el marido de relaciones con otra mujer desde antes de la celebración de la boda. Circunstancia que de haber sido conocida por la esposa, había motivado que la misma no contrajese matrimonio¹¹⁹. Asimismo, se entiende que procede la nulidad por vicio del consentimiento por error en la cualidad personal, al haber prestado la actora el consentimiento matrimonial en la creencia inducida por el demandado que, la comunidad de vida era deseada por él¹²⁰. Igualmente, se estima error en las cualidades personales el consentimiento otorgado en la creencia que el hijo que esperaba su futura esposa era suyo¹²¹. En esta línea, también determina error en tales cualidades personales la condición de homosexual del marido¹²², máxime si la heterosexualidad anterior a la celebración del matrimonio entre personas de distinto sexo representa una de las cualidades esenciales de la persona en el matrimonio entre personas de diferente sexo. Por lo que, la existencia de una orientación homosexual puede inducir al error esencial sobre una de las cualidades esenciales con la suficiente entidad para causar un vicio del consentimiento en el otro cónyuge¹²³. Asimismo, las tendencias pedófilas con independencia de la profesión como psicóloga de la contrayente y que conociera la causa penal seguida frente al demandado¹²⁴.

En fin, también considera error en las cualidades personales el travestismo del esposo. Así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 15 de enero de 2020¹²⁵ que, previamente, debate si se aplica el artículo 76 del Código civil y la convalidación del matrimonio, si los cónyuges hubieran vividos juntos durante un año después de desvanecido el error. La cuestión se centra en la valoración de la expresión «vivir juntos», durante un año, que solo puede ser entendida como la continuación o reanudación de la convivencia en los parámetros propios de la relación conyugal anterior (o a la inicialmente previsible, si el error se descubre de inmediato, tras contraer matrimonio). Señala la citada resolución que, la presunción de vivir juntos que establece el artículo 69 del Código civil, «queda destruida a partir del momento en que, como reconocen ambos litigantes, hubo una “confesión” de travestismo que causó un enorme choque emocional, hecho de suficiente entidad para romper la presunción. Tal conocimiento por parte de la esposa comporta, sin duda, una alteración de la normal armonía conyugal. Así la permanencia bajo el mismo techo, el sometimiento a tratamiento psiquiátrico o a terapia o el mantenimiento de apariencias externas, no implica necesariamente “vivir juntos” en el sentido que establece el artículo 76 del Código civil». Por tanto, «vivir juntos» comporta en el contexto que se analiza, que conocida la cualidad personal anteriormente ocultada y ahora revelada, tal cualidad se admite y acepta por el otro consorte y prosigue la convivencia marital. Para que la vida en común suponga una suerte de convalidación tácita, debe quedar suficientemente acreditado que tal vida en común, como la propia del matrimonio, se ha llevado a cabo (carga de la prueba que

corresponde a quien alega la excepción de caducidad). No es suficiente con probar una apariencia de convivencia frente a terceros, ha de quedar acreditada la firmeza de una voluntad de la esposa de renunciar a la acción (lo que la doctrina denomina la superación del *spatium deliberandi*). En este contexto, la prueba practicada sobre las condiciones relacionales («vivir juntos») y el plazo ha sido escasa, limitada fundamentalmente a los interrogatorios de ambos litigantes, que se consideran en la medida en que contienen la admisión de hechos personales y perjudiciales. Indica la citada sentencia que «es preciso que la situación de “vivir juntos” se prolongue por un año y no consta que tal plazo se cumpliera entre el conocimiento, en julio de 2014, de la cualidad personal ocultada y julio de 2015: la esposa niega la convivencia desde septiembre de 2014 («desde septiembre de 2014 el esposo ya no estaba en el domicilio conyugal, viajaba y hasta diciembre no volvió a casa, ni después») y el esposo declara que “de octubre a diciembre de 2014” él estuvo viviendo en la vivienda familiar. Por tanto, no hubo convivencia convalidante tras conocerse la causa de nulidad». A juicio de la Sala «no hay, por tanto, un periodo temporal acreditado de un año de convivencia conjunta interrumpida en el sentido que se ha indicado. No se reconduciría la apreciación de la convivencia al mantenimiento de relaciones sexuales, pues, aun existiendo estas si no son *more uxorio* no son tales, ni afectan al cómputo del plazo los viajes y las actividades sociales y familiares que buscaban mantener en el ámbito de la intimidad la problemática y no perjudicar a los nietos». Por lo que «roto el tracto marital y no existiendo convivencia conyugal inmediata, ya no era posible la fijación de un nuevo *dies a quo* y el inicio de un nuevo plazo de caducidad». Además «no hay duda que el no “convivir juntos” es compatible con el mantenimiento de una apariencia social de normalidad, especialmente para no perjudicar a las nietas, con estancias en casa de una hija, de vacaciones o acudiendo a alguna cena». En suma «no hay vida conjunta, sino a lo sumo un intento de reconciliación, rota la caducidad, ni por el hecho de haber intentado ambos litigantes solucionar sus crisis personales o de pareja, ni por el hecho que, frente a sus familiares más directos (hijas y nietos), para no perjudicarlos y en el ámbito social hubieran aparentado una normalidad. El esposo admite haber mantenido reuniones familiares (con convivencia) incluso después de la fecha en que él mismo sitúa la separación definitiva (31 de diciembre de 2016) y es razonable que, como progenitores y como abuelos, hayan intentado aparentar una cierta normalidad, compatible con una separación real».

En cuanto al travestismo como causa de nulidad establece al respecto que «no comparte la tesis de la sentencia apelada que la cualidad de travesti del demandante no tiene entidad objetiva de error. El error en la cualidad personal no ha sido negado por el demandado reconventional y la prueba practicada lleva a la estimación que, efectivamente, concurrió».

El error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento tiene alcance anulatorio cuando, no solo desde la perspectiva subjetiva, sino también desde la objetiva es razonable entender que de haber sido conocida por el otro contrayente no hubiera prestado su consentimiento matrimonial —como es el sentir mayoritario de la doctrina—. El error implica que la voluntad de la esposa manifestada al exterior y la voluntad interna son coincidentes, pero se han formado de manera defectuosa sobre la base de circunstancias o ideas que no se ajustaban a la realidad y que de haberlas conocido en su justa medida ese consentimiento, no se hubiera formado o lo habría hecho de forma distinta y desde luego, no se hubiera emitido tal y como

se hizo. Por ello, tanto en el caso de error en la identidad del otro contrayente como en el de error en sus cualidades personales se emite una declaración que aunque defectuosa, es coincidente con la inicialmente querida en el fuero interno de quien la exterioriza. Como vicio del consentimiento, es causa de nulidad del matrimonio cuando es de especial trascendencia y determinante de la declaración de voluntad exteriorizada».

Sobre tales bases, señala que «el error no guarda relación con la coincidencia de rol sexual, pues hoy en día está reconocido el matrimonio homosexual, sino con la aceptación libre y recíproca, con efectos *ad intra* y *ad extra*, de la forma de construir conjuntamente la relación sexual y con la exigencia de honestidad al plantear el matrimonio. No sería admisible, desde la perspectiva de la institución matrimonial, si se basara en relaciones de subyugación (machismo, violencia, sadismo, masoquismo), si estas se dieran a conocer después de contraer matrimonio, de modo que podrían ser causa de nulidad matrimonial y comportarían un juicio de reproche severo, con efectos *ex tunc*. Si se trata de conductas como el voyerismo, el exhibicionismo o el travestismo, aunque marginales a la relación de pareja, entendemos que constituyen cualidades personales de entidad suficiente como para justificar una nulidad matrimonial, aunque carentes de aquel grado de reproche, puedan incluso dar lugar a matrimonios putativos».

Por lo que «no hay duda que el travestimo no es ajeno a la creación de una apariencia de condición femenina, ni a un trasfondo erótico (aunque lo practique un heterosexual y aunque no supongan relaciones sexuales con otras personas) y constituye por ello una condición personal (...). Es una opción marcada por la discreción, pero cuyo conocimiento por uno o una contrayente es sin duda significativo en la apreciación de las cualidades personales y con ello en la configuración del consentimiento matrimonial. En la ambivalencia de mostrarse al público anida un deseo de revelarse, la búsqueda de un reconocimiento identitario distinto del otro consorte, y la sociedad en general puede presumir».

Por un lado «se trata de una cualidad esencial o identificante, psicológica; y, por otra, es también una cualidad esencial o identificante desde la perspectiva sociológica: la opinión común, en el ambiente familiar o social se identifica con la consideración que ese dato de hecho puede condicionar el consentimiento matrimonial». Por último se indica que «el error ha de concurrir a la fecha de la manifestación del consentimiento matrimonial, lo que obliga a estudiar si ha quedado probado que en 1975 el esposo ya tenía la tendencia a travestirse. (...) En suma, «se estima el recurso, lo que comporta dejar sin efecto la declaración de divorcio y admitir la nulidad matrimonial y entiendo razonablemente justificado que la causa del error existía en el momento de manifestar la esposa el consentimiento matrimonial».

En fin, respecto a los efectos de nulidad dispone que «ninguno de los litigantes ha alegado, ni probado, mala fe y no hay elemento alguno que signifique prueba de dolo o reticencia por parte del esposo al contraer matrimonio. Ocultó una cualidad personal esencial, pero no se prueba que lo hiciera de mala fe. En las condiciones sociológicas del año 1975, es pausable no solo que tal condición generara contradicciones profundas al Sr. Fructuoso, sino también que el rechazo social hubiera supuesto una estigmatización. Por todo ello, la nulidad tendrá efectos a partir de la fecha de esta sentencia».

Ciertamente, en la presente resolución se parte que el error en las cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento tiene alcance anulatorio cuando, no solo desde la perspectiva subjetiva, sino también desde la objetiva, por lo que, es razonable entender que

de haber sido conocida por el otro contrayente no hubiera prestado su consentimiento matrimonial.

Por ello, tanto en el caso de error en la identidad del otro contrayente como en el de error en sus cualidades personales se emite una declaración que aunque defectuosa, es coincidente con la inicialmente querida en el fuero interno de quien la exterioriza. Como vicio del consentimiento, es causa de nulidad del matrimonio cuando es de especial trascendencia y determinante de la declaración de voluntad exteriorizada.

El travestismo se trata de una cualidad esencial o identificante y esta causa del error existía en el momento de manifestar la esposa el consentimiento matrimonial. Por lo que concluye que, el travestismo como causa de nulidad por tener tiene entidad objetiva de error. Además, el error en la cualidad personal no ha sido negado por el demandado reconventional y la prueba practicada lleva a la estimación que, efectivamente, concurrió.

Sobre tales bases, procede finalizar este apartado, destacando que el Código civil no se refiere en el artículo 73 al dolo o engaño como vicio del consentimiento, aunque, como señala la doctrina, puede ser reconducido al error-dolo (maquinaciones insidiosas)¹²⁶.

3. COACCIÓN O MIEDO GRAVE

El artículo 73 del Código civil señala que es «nulo el matrimonio contraído por coacción o miedo grave». Se incluye tanto la violencia o *vis absoluta* como la intimidación, coacción moral o *vis compulsiva*¹²⁷. Para LACRUZ BERDEJO la coacción física (*vis compulsiva*) es «una violencia o fuerza material sobre los órganos de expresión externa para obtener un signo afirmativo de querer; la moral (*vis impulsiva*) es la presión psicológica que, mediante la amenaza, se ejerce sobre la voluntad y causa el miedo. Así, la violencia no da opción entre aceptar o no el matrimonio y supone, por tanto, ausencia de consentimiento; el miedo determina un consentimiento viciado. La coacción moral es físicamente irresistible; el miedo puede ser moralmente irresistible»¹²⁸.

Al respecto, precisan LÓPEZ ALARCÓN y NAVARRO VALLS que «concorre un elemento objetivo o externo que, es la coacción o amenaza de un mal grave, inminente o futuro que, ha de causar otra persona y un elemento subjetivo o interno que es el temor, miedo o turbación del ánimo del *metus patiens* y que la constriñe a la celebración del matrimonio»¹²⁹.

No se precisan los requisitos que han de concurrir para que la coacción o miedo grave puedan ser causa de nulidad matrimonial, por lo que se ha de recurrir a los que establecen los artículos 1267 y 1268 del Código civil en sede de contratos: 1. La amenazada de un mal inminente y grave; 2. Que se provoque un temor racional y fundado, un miedo grave; 3. El miedo ha de ser injusto; 4. La exteriorización de la amenaza que ha de provenir de otro cónyuge o un tercero; 5. Antijuricidad en el sentido que la acción intimidatoria no suponga el ejercicio de un derecho¹³⁰. En todo caso, la causa del miedo ha de ser determinante de la prestación del consentimiento y la gravedad basta que lo sea en sentido subjetivo y objetivo¹³¹.

La coacción o amenaza puede provenir de persona distinta de la que sufre el vicio que, puede ser tanto del otro contrayente como de un tercero, y dirigirse a causar un mal inminente y grave en la persona del otro contrayente o intereses de otra persona sea o no pariente suyo (art. 1267 de Código civil). En todo caso,

para verificar el alcance anulatorio de este vicio ha de atenderse a las circunstancias anteriores, coetáneas y posteriores a la celebración del matrimonio¹³².

El temor reverencial, esto es, a desagradar a las personas a las que se debe sumisión o respeto, no tiene efectos invalidantes¹³³. Si bien, como manifiestan LÓPEZ ALARCÓN y NAVARRO VALLS que, cuando en estos supuestos existe el elemento externo de la coacción o amenaza «aunque no sea de gran fuerza intimidatoria, como insistentes presiones, gestos desabridos, acciones hostiles, reiteradas muestras de contrariedad, etc., puede agravar dicha fuerza intimidatoria por la situación de reverencia o subordinación en que se encuentra el sujeto amenazado»¹³⁴.

El artículo 76.2 del Código civil posibilita la convalidación del matrimonio si los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de haber cesado la fuerza o la causa del miedo. Si bien, al considerarse que la *vis absoluta* determina ausencia de consentimiento, no parece que, en este caso, se pueda convalidar el matrimonio al amparo de tal precepto¹³⁵.

Ahora bien, aunque en el citado artículo se habla de caducidad de la acción, no estamos ante un supuesto de caducidad, sino de convalidación del matrimonio, si durante el periodo de un año tras el cese de la fuerza o la causa del miedo conviven ambos cónyuges. De todas formas, corresponde al cónyuge que demanda la nulidad probar que no ha tenido lugar tal convalidación y por ende, la no operatividad de la presunción *iuris tantum* de vivir juntos los cónyuges prevista en el artículo 69 del Código civil.

IV. LA NULIDAD DEL MATRIMONIO Y SUS CAUSAS

El artículo 73 del Código civil, como expusimos en líneas precedentes, concreta las causas por las que se puede declarar nulo un matrimonio y son las siguientes:

1. El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial: ausencia de consentimiento en uno o en los dos contrayentes por falta de aptitud para entender y querer en el momento de prestarlo y la existencia de algún vicio¹³⁶.
2. El matrimonio celebrado entre personas a que se refieren los artículos 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48.
3. El que se contraiga sin la intervención del Juez de Paz, Alcalde o Concejal, Secretario judicial, Notario o funcionario ante quien deba celebrarse o sin la de los testigos —con efectos desde el 30 de junio de 2020—. Ahora se hace referencia «al que se contraiga sin la intervención del Juez, Alcalde o funcionario ante quien deba celebrarse o sin la de los testigos».
4. El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad hubieran sido determinantes de la prestación del consentimiento.
5. El contraído por coacción o miedo grave.

Este artículo 73 se refiere a que tales causas de nulidad «operan cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio»; si bien como excepción no puede la jurisdicción civil declarar la nulidad de un matrimonio canónico por defecto de forma, al ser competencia de los tribunales eclesiásticos, aunque su decisión tenga eficacia en el orden civil (art. 80 CC).

La acción de nulidad es siempre radical y absoluta¹³⁷, lo que conlleva que la doctrina la califique de acción pública o semipública¹³⁸, es también imprescripti-

ble, pudiendo ser ejercitada por los cónyuges en cualquier momento a lo largo de su vida y en algunos supuestos, tras su fallecimiento¹³⁹, y declarativa —como la sentencia que la concreta—¹⁴⁰.

El procedimiento de nulidad matrimonial es el regulado en el artículo 770 de la LEC, cualquiera que sea la causa de nulidad, no puede ser apreciado de oficio por el juez, sino que debe ser solicitado por la parte interesada. Debe intervenir necesariamente el Ministerio Fiscal, aun no habiendo hijos menores de edad, ni incapacitados, ni lo sean los propios cónyuges (art. 749 de la LEC).

Si bien, en este supuesto de crisis matrimonial, a diferencia de otros como el divorcio y la separación, existe un menor juego a la autonomía de la voluntad; lo que no impide como señala DÍAZ MARTÍNEZ la existencia de acuerdos entre los cónyuges que han de ser homologados por el juez, y no formen parte del convenio regulador¹⁴¹.

Están legitimados activamente para ejercer la acción de nulidad «los cónyuges, el Ministerio Fiscal y cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella» (art. 74 CC)¹⁴². Aunque se emplea el término cónyuges, no parece que se excluyan a los divorciados como legitimados activamente para ejercer la acción de nulidad¹⁴³. En cuanto a las personas con interés directo y legítimo, para GETE-ALONSO que el interés sea directo «supone que existe una dependencia o interrelación entre la existencia jurídica del matrimonio y un derecho»; y añade tercero interesado directamente es «todo aquel cuya situación jurídica puede resultar afectada por la existencia de la relación matrimonial cuya situación jurídica puede resultar afectada por la existencia de la relación matrimonial». De forma que, continúa la autora interés legítimo es «el que resulta fundado a tenor de las circunstancias concretas que concurran en cada caso. No se cualifica el contenido de este interés lo que conduce a entender que puede ser de cualquier índole: personal, moral o patrimonial. Tan interesado es un pariente, como el cónyuge del que se casó sin disolver su primer matrimonio; el cónyuge que pretende mantener la validez de su matrimonio, como el acreedor»¹⁴⁴.

En este contexto, para DÍAZ MARTÍNEZ la excepción «interés legítimo» «ha de ser interpretada desde la óptica del artículo 24 de la CE y la doctrina del Tribunal Constitucional que lo aplica, de los que deriva la necesidad de llevar a cabo una interpretación amplia y extensiva del concepto, tomando como criterio rector el principio *pro actione*». En definitiva, para la autora «además de los propios cónyuges y el Ministerio Fiscal, están legitimados para demandar la nulidad de un matrimonio quienes dejaron de obtener un beneficio o ventaja o utilidad jurídica o sufrirían un daño sino se declara judicialmente»¹⁴⁵.

En fin, el Ministerio Fiscal está legitimado en cuanto le corresponde actuar en los procesos relativos al estado civil en defensa de la legalidad y el interés público (art. 3.6 EOMF). De todas formas, en los procesos de nulidad matrimonial será siempre parte «aunque no haya sido el promotor de los mismos» (art. 749 de la LEC).

En cuanto a la legitimación pasiva corresponde al otro cónyuge, si se ejercita la acción por uno de ellos o frente a los dos, si se ejercita por un tercero que no es cónyuge, o frente a uno, el sobreviviente, si el otro hubiera fallecido. Como hemos indicado, el Ministerio Fiscal ha de ser siempre parte en los procesos judiciales sobre nulidad matrimonial, aunque no lo haya promovido él, ni debe actuar en defensa de menores o incapacitados, por lo que la demanda ha de dirigirse contra él, si no es demandante¹⁴⁶.

El objeto del proceso es indisponible «ni surtirá efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción» (art. 751.1 de la LEC) y el desistimiento requiere la conformidad del Ministerio Fiscal (art. 751.2 de la LEC)¹⁴⁷.

La regla general de legitimación activa indicada tiene una serie de especialidades. Así si la causa de nulidad fuera la falta de edad, mientras el contrayente, solo pueden ejercitar la acción de nulidad cualquiera de sus padres, tutores o guardadores y en todo caso, el Ministerio Fiscal (art. 75.1 CC)¹⁴⁸. Si la acción la ejercen los padres para que el desistimiento surta efecto necesita de la aprobación del Ministerio Fiscal, atendiendo al interés del menor (art. 751.2 de la LEC)¹⁴⁹. En el caso de guardadores de hecho, ha de entenderse el ejercicio de la acción de nulidad como un acto que redunde en su utilidad¹⁵⁰.

Si bien al llegar aquel contrayente menor a la mayoría de edad, solo podrá ejercitar la acción el contrayente menor, salvo que los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de alcanzada aquella (art. 75.2). En este caso, la legitimación corresponde únicamente al contrayente en quien no concurriera ese requisito de capacidad al tiempo de celebración del matrimonio¹⁵¹. En todo caso, puede convalidarse por la convivencia de los cónyuges durante un año después de alcanzada la mayoría de edad. Se trata de una convalidación *ipso iure*, sin necesidad de declaración judicial al operar sobre la base de la convivencia de ambos esposos durante un año¹⁵².

No obstante, se ha discutido en la doctrina el *dies a quo* del cómputo del plazo de un año: 1. Para una parte debe entenderse que el año de convivencia ha de ser el siguiente a la mayoría de edad y transcurrida esta caduca¹⁵³; 2. Considerar que la convivencia y la caducidad de la acción operan unidas, por lo que es preciso para la convalidación un año de convivencia en situación de mayoría de edad. Presupuesta la mayoría de edad, basta un año de convivencia. Por lo que, la convivencia y el plazo de un año son requisitos para que tenga lugar la convalidación que deben operar de forma simultánea, sin que la duración de la acción y la mayoría de edad funcionen de forma independiente¹⁵⁴.

De todas formas, la convivencia debe ser real y continuada. Por otra parte, la convalidación puede darse incluso iniciado el proceso de nulidad matrimonial, siempre que no haya recaído sentencia, la no tener lugar la litispendencia, ni la preclusión de alegaciones¹⁵⁵.

La convalidación supone la validez *ex tunc* del matrimonio celebrado. Por lo que, en este supuesto si no se convalida el matrimonio, la acción de nulidad ha de considerarse imprescriptible, al no haberse producido la caducidad de la acción por el transcurso de un año. Lo cierto es que, como señala GETE-ALONSO «la convalidación del matrimonio no es un supuesto de confirmación sino que se distingue de esta, pues es siempre un acto bilateral frente a la unilateralidad de la confirmación (art. 1312 CC)»¹⁵⁶.

En los casos de error, coacción o miedo grave solamente podrá ejercitar la acción de nulidad el cónyuge que hubiera sufrido el vicio (art. 76.1). No está legitimado para interponer la acción de nulidad el Ministerio Fiscal, por lo que habrá de ser demandado (art. 749 de la LEC). Ahora bien, se convalida el matrimonio, si los cónyuges hubiera vivido juntos durante un año después de desvanecido el error o de haber cesado la fuerza o la causa del miedo. De forma que, el plazo de un año se refiere a la duración de la convivencia y no a la caducidad de la acción. La acción sigue siendo imprescriptible, salvo si ha existido convalidación¹⁵⁷.

Por lo que, tanto en este supuesto como en el anterior, la acción de nulidad ha de considerarse imprescriptible, al carecer de plazo alguno de caducidad.

La declaración de nulidad del matrimonio tiene efectos *ex tunc* y priva de eficacia al matrimonio *ab initio*, como si no se hubiera celebrado¹⁵⁸. La sentencia firme que, declara la nulidad del matrimonio se comunicará de oficio al Registro

Civil para la práctica de la correspondiente inscripción (755 de la LEC) en la que se expresará la cancelación de la de matrimonio (art. 263 apartado 2 del RRC). La sentencia tendrá efectos frente a todos desde que dicha inscripción se practique (art. 222.3 de la LEC).

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que, el artículo 107 del Código civil dispone que «la nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración», y añade en su apartado segundo —conforme a la redacción dada por la que la Ley 15/2015— que «la separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de derecho internacional privado».

Sobre tales bases, cuando un matrimonio es nulo, no produce efecto alguno, como si no hubiera existido; no obstante, valen los efectos que con anterioridad se hubieran producido en cuanto a los hijos y al cónyuge o cónyuges de buena fe (matrimonio putativo). Al respecto, establece el artículo 79 del Código civil que «la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe. La buena fe se presume». GETE-ALONSO establece como presupuesto para que opere el matrimonio putativo: 1. La presunción de buena fe en alguno de los cónyuges (...); 2. La existencia de una apariencia matrimonial (...). 3. Que exista una declaración judicial de nulidad del matrimonio: se ha dictado sentencia firme»¹⁵⁹.

Respecto de los hijos, la declaración de nulidad matrimonial no modifica su situación, una vez determinada respecto de los cónyuges que, será en todo caso matrimonial. En cuanto al cónyuge de buena fe (o en su caso, ambos) se mantienen los «efectos ya producidos», atendiendo a la ineficacia *ex nunc* de la declaración de nulidad —existencia de bienes gananciales, nacionalidad— no así otros como derecho de alimentos o derechos sucesorios, pues a partir de la declaración de nulidad dejan de ser cónyuges. Por buena fe entiende DE PABLO CONTRERAS «la ignorancia al contraer matrimonio de que existía causa por la cual el matrimonio ha sido declarado nulo»; si bien añade que «un sector de la doctrina defiende que, además, también cabe apreciarla en un sentido objetivo, cuando el cónyuge haya guardado un comportamiento jurídicamente correcto de tal modo que, ni se le pueda imputar el no haberse abstenido de celebrar el negocio inválido»¹⁶⁰. La prueba de la mala fe corresponde a quien la alegue, pues, la buena fe se presume.

Ahora bien, en el régimen del Código civil, si el otro cónyuge fuera de mala fe, tendrá el cónyuge de buena fe derecho a la indemnización del artículo 98 del Código civil, se atiende a los mismos criterios previstos en el artículo 97 del Código civil¹⁶¹, y, asimismo, podrá optar porque su régimen económico matrimonial se liquide como de participación, sin que el contrayente de mala fe pueda participar en las ganancias obtenidas por su consorte (art. 1395 CC)¹⁶².

Ahora bien, como señala LACRUZ BERDEJO «presupuestos constantes del nacimiento del derecho a indemnización son la declaración de nulidad, la buena fe del cónyuges y la convivencia» y añade que «la indemnización prevista en el artículo 98 del Código civil intenta compensar económicamente los inconvenientes de todo orden de la anómala situación personal en que se ha encontrado el cónyuge de buena fe conviviendo con otra persona en aras de un vínculo inexistente, con la consiguiente limitación personal que, para el cónyuge que ve desvanecer su situación de casado, la convivencia supone, por ser no cualificada y amparado por el vínculo matrimonial sobre la que precisamente quería establecerla»¹⁶³. Igualmente, dispone GARCÍA CANTERO que para dar lugar a esta indemnización deben concurrir los requisitos siguientes: «1. Que el matrimonio haya sido decla-

rado nulo (...); 2. La buena fe unilateral; 3. Hace falta que los cónyuges hayan vivido juntos después de la celebración del matrimonio, no siendo suficiente la convivencia anterior; pero no se fija la duración de la misma; 4. Que concurren las circunstancias del artículo 97»¹⁶⁴. En cuanto a su fundamento, indica RAGEL que «la indemnización al cónyuge de buena fe es una indemnización por la convivencia, por el esfuerzo dedicado a una relación que luego resultó invalidada por los tribunales y que ha privado al cónyuge de buena fe del tiempo necesario para encontrar trabajo o mejorar el que tenía, obtener una pensión o terminar unos estudios. En el supuesto que el otro cónyuge sea de mala fe, la solución legal tiene los perfiles de una sanción debido a su comportamiento desleal»¹⁶⁵.

Por otra parte, el derecho de indemnización concedido por el artículo 98 del Código civil no es incompatible con el derecho a indemnización por otros daños morales y patrimoniales que, concede el artículo 1902 del Código civil¹⁶⁶.

En fin, con respecto a las donaciones *propter nuptias* —otorgadas por razón del matrimonio— se debe distinguir entre las donaciones efectuadas por terceros y las donaciones otorgadas por los mismos contrayentes. En relación con las primeras, el artículo 1343.2 del Código civil la nulidad del matrimonio supone incumplimiento de cargas, si al cónyuge donatario le fueran imputables según la sentencia, los hechos que la causaron; y, en relación con las segundas, también se reputa incumplimiento de cargas la nulidad del matrimonio, si el donatario ha actuado de mala fe (art. 1343.3 CC).

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC (Pleno), de 6 de noviembre de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, de 26 de noviembre de 1985.
- STS, Sala de lo Civil, de 18 de septiembre de 1989.
- STS, Sala de lo Civil, de 1 de julio de 1994.
- STS, Sala de lo Civil, de 20 de febrero de 1997.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 15 de marzo de 2018.
- SAP Madrid, secc. 22.^a, de 10 de marzo de 1998.
- SAP Barcelona, secc. 18.^a, de 4 de mayo de 1999.
- SAP A Coruña, secc. 5.^a, de 7 de mayo de 1999.
- SAP Madrid, secc. 22.^a, de 13 de julio de 1999.
- SAP Barcelona, secc. 18.^a, de 8 de noviembre de 1999.
- SAP Sevilla, secc. 5.^a, de 21 de julio de 2000.
- SAP Madrid, secc. 22.^a, de 23 de febrero de 2001.
- SAP Toledo, secc. 2.^a, de 14 de noviembre de 2001.
- SAP Burgos, secc. 3.^a, de 28 de enero de 2002.
- SAP Madrid, secc. 24.^a, de 27 de febrero de 2002.
- SAP Madrid, secc. 22.^a, de 18 de junio de 2002.
- SAP Valencia, secc. 10.^a, de 2 de octubre de 2002.
- SAP A Coruña, secc. 5.^a, de 19 de febrero de 2003.
- SAP Málaga, secc. 7.^a, Melilla, de 26 de diciembre de 2003.
- SAP Pontevedra, secc. 2.^a, de 26 de febrero de 2003.
- SAP Barcelona, secc. 12.^a, de 19 de marzo de 2003.
- SAP Málaga, secc. 5.^a, de 28 de junio de 2004.
- SAP Barcelona, secc. 18.^a, de 30 de junio de 2004.
- SAP Valencia, secc. 10.^a, de 13 de septiembre de 2004.

- SAP Badajoz, secc. 3.^a, de 14 de enero de 2005.
- SAP Granada, secc. 3.^a, de 25 de enero de 2005.
- SAP Castellón, secc. 2.^a, de 1 de febrero de 2005.
- SAP Pontevedra, secc. 3.^a, de 28 de marzo de 2005.
- SAP Barcelona, secc. 12.^a, de 2 de junio de 2005.
- SAP Barcelona, secc. 12.^a, de 5 de julio de 2005.
- SAP Asturias, secc. 4.^a, de 7 de julio de 2005.
- SAP Valencia, secc. 10.^a, de 10 de enero de 2006.
- SAP Málaga, secc. 6.^a, de 31 de marzo de 2006.
- SAP Islas Baleares, secc. 4.^a, de 5 de junio de 2006.
- SAP Ourense, secc. 1.^a, de 10 de octubre de 2007.
- SAP Madrid, secc. 22.^a, de 13 de noviembre de 2007.
- SAP Barcelona, secc. 12.^a, de 22 de enero de 2010.
- SAP Cádiz, secc. 5.^a, de 24 de mayo de 2010.
- SAP Pontevedra, secc. 1.^a, de 30 de marzo de 2012.
- SAP Islas Baleares, secc. 4.^a, de 25 de septiembre de 2012.
- SAP Islas Baleares, secc. 4.^a, de 26 de octubre de 2012.
- SAP Madrid, secc. 22.^a, de 20 de septiembre de 2013.
- SAP Almería, secc. 2.^a, de 30 de enero de 2014.
- SAP Cádiz, secc. 5.^a, de 26 de enero de 2015.
- SAP Madrid, secc. 22.^a, de 19 de junio de 2015.
- SAP Madrid, secc. 22.^a, de 19 de febrero de 2016.
- SAP Madrid, secc. 22.^a, de 12 de abril de 2016.
- SAP Madrid, secc. 22.^a, de 1 de junio de 2016.
- SAP Zamora, secc. 1.^a, de 25 de mayo de 2018.
- SAP Barcelona, secc. 18.^a, de 15 de enero de 2020.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BLANDINO GARRIDO, M.^a A. (2010). La nulidad matrimonial, *Las crisis matrimoniales. Nulidad, separación y divorcio*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- CARRIÓN OLMOS, S. (1981). En torno a la simulación del matrimonio civil, *Revista de Derecho Privado*, número 1, año LXV, número 65, 128-152.
- COBACHO GÓMEZ, J. A. (1992). El error en el matrimonio, *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona: Bosch.
- DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio y el derecho civil. En: Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia*, 5.^a edición, Madrid: Edisofer.
- (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio. En: Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia*, 5.^a edición, Madrid: Edisofer.
- (2016). Comentario a los artículos 73, 74, 75 y 76 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado, vol. I*, 2.^a ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (1997). *El error en el matrimonio*, Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentarios a los artículo 73, 74, 75 y 76 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil, T. I*, Valencia: Tirant lo Blanch.

- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de familia. Derecho de sucesiones, 10.^a ed., Madrid: Tecnos.
- GARCÍA CANTERO, G. (1982). Comentario a los artículos 73, 74, 75 y 76 del Código civil. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, T. II*, Madrid: Edersa.
- (1993). Nulidad del matrimonio, *Actualidad Civil*, número 31, 30 de agosto, 535-554.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del C. (1984). Comentario al artículo 73 del Código civil, *Comentarios a las reformas del derecho de familia, vol. I*, Madrid: Tecnos.
- (1993). Comentarios a los artículos 73, 74, 75 y 76 del Código civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código civil, T. I*, Madrid: Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil*, VI Derecho de familia, decimoséptima edición, Madrid: Marcial Pons.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, 4.^a edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson.
- LINÁCERO DE LA FUENTE, M. (2020). Matrimonio. Parejas de hecho. En: M. Linacero de la Fuente (dir.), *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- LÓPEZ DE ALARCÓN, M., y NAVARRO VALLS, R. (2000). De la nulidad del matrimonio. En: J. Rams Albesa (coord.), *Comentarios al Código civil, T. II, vol. 1*, Barcelona: Bosch.
- MIRALLES GONZÁLEZ, I. (2011). Nulidad del matrimonio civil. En: F. Lledó Yagüe y A. Sánchez Sánchez (dirs.), O. Monje Balmaseda (coord.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia, T. I Parte sustantiva*, Madrid: Dykinson.
- RAGEL, L.F. (2003). *Nulidad, separación y divorcio en la jurisprudencia*, Madrid: Reus.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (2020). El matrimonio de las personas con discapacidad: reflexiones críticas sobre las últimas reformas del artículo 56.2.º del Código civil, *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, enero-febrero, 21-57.
- SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia, vol. II*, 2.^a ed., Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- (2017). La celebración del matrimonio. En: Mariano Yzquierdo Tolsada y Matilde Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia, vol. I*, 2.^a ed., Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

NOTAS

¹ DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio y el derecho civil. En: Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de Familia, 5.^a edición, Madrid: Edisofer, 70.

² RTC 2012/198.

³ DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El sistema matrimonial, *op. cit.*, 85.

⁴ El Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia en su *disposición final segunda* ha modificado la disposición final décima de la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil pasando a tener la siguiente redacción: «La presente ley entrará en vigor el 30 de abril de 2021, excepto las disposiciones adicionales séptima y octava y las disposiciones finales tercera y sexta que entrarán en vigor al día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, y excepto los artículos 49.2 y 53 del mismo texto legal que, entrarán en vigor el día 30 de junio de 2017. Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de la entrada en vigor el 15 de octubre de 2015 de los artículos 44, 45, 46, 47, 49.1, 2 y 4, 64, 66 y 67.3 y la disposición adicional novena en la redacción dada por el artículo 2 de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. hasta la completa entrada en vigor de esta ley, el Gobierno adoptará las medidas y los cambios normativos necesarios que afecten a la organización y funcionamiento de los Registros Civiles».

⁵ Si bien, el artículo 58.2 de la LRC de 2011 atribuye la competencia para tramitar el expediente del matrimonio en forma civil, al secretario del ayuntamiento y, de ser en el extranjero, al cónsul encargado de la oficina del Registro Civil.

⁶ GARCÍA CANTERO, G. (1982). Comentario al artículo 73 del Código civil. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, T. II*, Madrid: Edersa, 204.

⁷ BLANDINO GARRIDO, M.^a A. (2010). La nulidad matrimonial, *Las crisis matrimoniales. Nulidad, separación y divorcio*, Valencia: Tirant lo Blanch, 45.

⁸ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil*, VI Derecho de familia, decimoséptima edición, Madrid: Marcial Pons, 74.

Por su parte, RAGEL, L. F. (2003). *Nulidad, separación y divorcio en la jurisprudencia*, Madrid: Reus, 5, entiende que la nulidad matrimonial es «la declaración judicial que se realiza cuando un matrimonio no reúne las mínimas condiciones legales exigibles para que pueda perfeccionarse ni conservarse su eficacia, por incurrir en un grave defecto o evidenciar una carencia de consentimiento, aptitud o forma».

⁹ Así GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del C. (1984). Comentario al artículo 73 del Código civil, *Comentarios a las reformas del derecho de familia, vol. I*, Madrid: Tecnos, 368 agrupa en tres grandes apartados las causas de nulidad descritas en el artículo 73 del Código civil: «1. Aquellas cuyo origen radica en la propia definición del matrimonio como consentimiento (art. 45.1): su ausencia y los vicios que le pueden afectar (error, coacción o miedo grave) artículo 73.1, 4 y 5; 2. Las que afectan, genéricamente, a la capacidad de los contrayentes: artículos 73.2, 46 y 47; 3. Las que refieren al modo de exteriorización del consentimiento, la forma artículo 73.3». Por su parte, DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Comentario al artículo 73 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado, vol. I*, 2.^a ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, 456, concreta las siguientes causas de nulidad: «1. La no concurrencia en cualquiera de los cónyuges de los requisitos de capacidad que exige el artículo 46, lo cual impide la válida prestación del consentimiento matrimonial, o la presencia de alguno de los impedimentos que enuncia el artículo 47 lo que hace inválidos ciertos matrimonios; en ambos casos, salvo dispensa previa o ulterior de los que son dispensables (art. 73.2 CC); 2. La ausencia de consentimiento en uno o los dos contrayentes por falta de aptitud para entender y querer en el momento de prestarlo y la existencia en el prestado de un vicio que haga que aquel no sea plenamente consciente o plenamente libre (art. 73.1, 4 y 5 CC); 3. La no adhesión de los contrayentes al modelo o concepto de matrimonio predispuesto por el ordenamiento que haga que su consentimiento, aun consciente y libre, no sea matrimonial (art. 73.1 CC)». Por su parte, DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentarios al artículo 73

del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil, T. I*, Valencia: Tirant lo Blanch, 803 destaca que «en la práctica y bastante excepcionales los problemas de la falta de capacidad de los contrayentes (entre los comúnmente conocidos, por influencia canónica, como impedimentos, apenas es destacable el vínculo o ligamen anterior en matrimonios en que hay algún elemento de extranjería y no se tiene seguridad sobre la disolución de aquel), es la falta de consentimiento o la prestación de uno viciado el principal motivo de nulidad matrimonial».

¹⁰ LÓPEZ DE ALARCÓN, M., y NAVARRO VALLS, R. (2000). De la nulidad del matrimonio. En: J. Rams Albesa (coord.), *Comentarios al Código civil, T. II, vol. 1*, Barcelona: Bosch, 696; SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia, vol. II, 2.ª ed.*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 55.

¹¹ GETE-ALONSO Y CALERA, M.ªC. (1993). Comentario al artículo 73 del Código civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código civil, T. I*, Madrid: Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 325; de la misma autora (1984). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 368.

¹² DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 801; SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 56.

¹³ LÓPEZ DE ALARCÓN, M., y NAVARRO VALLS, R. (2000). De la nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 694.

¹⁴ GARCÍA CANTERO, G. (1993). Nulidad del matrimonio, *Actualidad Civil*, número 31, 30 de agosto, 537-538.

¹⁵ JUR 2020/46607.

¹⁶ SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La celebración del matrimonio. En: Mariano Yzquierdo Tolsada y Matilde Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia, vol. I, 2.ª ed.*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 556.

¹⁷ DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho civil, T. IV Derecho de Familia 5.ª ed.*, Madrid: Edisofer, 115.

¹⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L., et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil, T. IV Familia, 4.ª edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa*, Madrid: Dykinson, 39.

¹⁹ DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil, vol. IV Derecho de familia. Derecho de sucesiones, 10.ª ed.*, Madrid: Tecnos, 63.

En la Instrucción de 31 de enero de 2006 de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre los matrimonios de complacencia define el matrimonio como «acto o matrimonio *«in fieri»*, es aquel negocio bilateral que da lugar a la relación jurídica matrimonial o matrimonio *«in facto esse»*. En tanto que negocio jurídico la declaración de voluntad de los contrayentes es el elemento básico del matrimonio *«in fieri»* por constituir la fuente de la relación jurídica, relación tipificada por el fin práctico definido para la misma por el ordenamiento jurídico, lo que supone que es el objeto y la causa del matrimonio están fijados de forma invariable y estricta por la Ley» (6331).

²⁰ DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil, vol. IV Derecho de familia. Derecho de sucesiones, op. cit.*, 63.

²¹ SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La celebración del matrimonio, *op. cit.*, 565-566.

²² DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 125.

²³ SERRANO GÓMEZ, E. (2017). «La celebración del matrimonio», *op. cit.*, 571.

²⁴ *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 noviembre 2017 (*RJ* 2017, 4760); y, 7 marzo 2018 (*RJ* 2018, 934).

²⁵ SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (2020). El matrimonio de las personas con discapacidad: reflexiones críticas sobre las últimas reformas del artículo 56.2.º del Código civil, *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, enero-febrero, 51, señala, acertadamente que «no quedan claras cuáles son esas medidas de apoyo que una vez proporcionadas se revelan insuficientes para que el contrayente pueda prestar el consentimiento matrimonial como hipótesis que *in extremis* legitime la petición de dictamen médico sobre la aptitud para prestar el consentimiento».

Por su parte, en artículo 212-6.1 de la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil establece en relación con el consentimiento matrimonial que: «1. No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial; 2. Si alguno de los contrayentes, tenga o no su capacidad modificada, está afectado por trastornos o deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales que, pueden afectar a su capacidad de entender y querer, el instructor del expediente matrimonial se asegurará de su aptitud para prestar el consentimiento mediante las pruebas que considere oportunas, tales como la entrevista personal, la audiencia del entorno más próximo, el informe social y el dictamen médico (...). Resultan de gran utilidad las pruebas que se proponen en esta propuesta de Código civil como la entrevista personal y la audiencia del entorno más próximo.

²⁶ RJ 2018, 1478.

²⁷ Se formula voto particular por el Magistrado Excmo. Sr. D. Javier ARROYO FIESTAS en base a los siguientes argumentos: 1. Que la persona informada padece una enfermedad físico psíquica denominada ENFERMEDAD DE ALZHEIMER de etiología degenerativa con atrofia cerebral según RNM agravada por infarto cerebral. 2. Que dicha enfermedad es persistente e irreversible en tiempo. 3. Que le producen alteraciones mentales que repercuten sobre los elementos integrantes de la capacidad de obrar, esto es, presenta alteraciones en la inteligencia y voluntad necesarias para obrar con conocimiento y juicio suficiente para inspirar una libre decisión. 4. Que la complejidad de obligaciones que determinan las circunstancias familiares y patrimoniales desbordan por completo sus posibilidades intelectivas y volitivas. 5. En consecuencia, debe considerarse como psíquicamente NO CAPAZ del gobierno de su persona y de la administración de sus bienes de forma adecuada por lo que procederá someterle a TUTELA. 6. En el referido informe consta que en mayo de 2009, se perdía en la calle, que padecía atrofia cerebral, agravada por infarto cerebral, no puede responder a preguntas sencillas, no sabía coger el bolígrafo, «que la complejidad de las obligaciones que determinan las circunstancias familiares y patrimoniales desbordan por completo sus posibilidades intelectivas y volitivas». El informe forense concluye que es «no capaz del gobierno de su persona y de la administración de sus bienes de forma adecuada por lo que procederá someterle a tutela». 7. Se refleja en la sentencia de esta sala que ni Dña. Dulce ni los testigos de la boda, informaron al Cónsul español ni al funcionario chino que presidieron el matrimonio civil, de la enfermedad de Alzheimer de la que estaba aquejado D. Álvaro. 8. El matrimonio se contrae iniciado y tramitándose el proceso de incapacidad. 9. Dado el carácter degenerativo de la enfermedad de Alzheimer, no era posible, cuando contrajo matrimonio ante el Cónsul, que su capacidad hubiese mejorado.

A la vista de lo expuesto, considera que, de acuerdo con los artículos 45, 56 y 73 del Código civil, D. Álvaro no tenía capacidad para otorgar el consentimiento matrimonial. El problema de D. Álvaro no era solo el padecimiento de una enfermedad, ni la discapacidad in genere sino una notoria incapacidad para comprender y querer, en relación con el consentimiento matrimonial. La protección del discapaz no se alcanza exclusivamente con la ampliación de su autonomía, dado que una eficaz ayuda del discapaz también conlleva la restricción de aquellas facultades para cuyo ejercicio no está preparado, garantizando que pueda desarrollarse, personal, social y económicamente sin interferencias injustificadas de terceros.

En conclusión, el magistrado que formula el presente voto particular entiende que, el recurso de casación interpuesto debió ser desestimado, con imposición de las costas del mismo a la parte recurrente y con pérdida del depósito constituido para recurrir, confirmando la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

²⁸ Hay que tener en cuenta que, nuestro Derecho, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, no contempla la privación de la capacidad para contraerlo, ni en consecuencia prevé que, la persona con capacidad limitada requiera autorización judicial para que compruebe su capacidad (art. 145 del *Code Civil* belga; y en el Derecho francés, según los casos, el artículo 460 del *Code* exige la autorización del juez, del curador o del consejo de familia.

²⁹ SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (2020). El matrimonio de las personas con discapacidad: reflexiones críticas sobre las últimas reformas del artículo 56.2.º del Código civil, *op. cit.*, 51 y 54-55, después de afirmar el artículo 56.2 del Código civil atribuye al dictamen médico, el carácter de excepcional y el calificativo de subsidiario para el caso de que dicha condición

de salud pueda impedir al futuro contrayente prestar consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, critica tales calificaciones y considera esencial que se diese especial virtualidad a tal dictamen médico en lo referente al control inicial de la capacidad para consentir y, a lo que añade que, «serían instrumentos de gran utilidad a tal fin, la entrevista personal de la persona afectada por dicha discapacidad, la audiencia del entorno más próximo, en particular, de su tutor, curador o guardador de hecho, sin olvidar la importancia del informe social». Y considera, asimismo, que «hubiera sido clarificador, a tal fin, que se hubiera atribuido competencia para emitir dicho dictamen a un médico especialista en esta materia, ya sea psiquiatra o neurólogo, como viene reclamando la doctrina desde hace tiempo, pues todo ello proporcionaría una salvaguardia y protección mayores».

³⁰ En línea también con los postulados de la Convención de las Naciones Unidas y en relación con la capacidad de testar de un incapacitado judicialmente conforme al artículo 665 del Código civil, aplicando el principio *favor testamenti* y la presunción general de capacidad de todo mayor de edad se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno), de 15 de marzo de 2018 (*RJ* 2018, 1090) siendo la misma ponente de esta sentencia que, la analizada en este estudio relativa al matrimonio —Excma. Sra. D.^a, M.^a Ángeles PARRA LUCÁN—.

³¹ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.^a, 2 octubre 2000 (*JUR* 2001/163688).

³² SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 57.

³³ DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 115.

³⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil, op. cit.*, 73. Para MIRALLES SÁNCHEZ, I. (2011). Nulidad del matrimonio civil. En: Fco. Lledó Yagüe y A. Sánchez Sánchez (dirs.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia, T. I Parte sustantiva*, Madrid: Dykinson, 195, conceptúa el consentimiento matrimonial «la voluntad libre y conscientemente declarada, realizada por una persona con la voluntad de constituir el vínculo matrimonial».

³⁵ LÓPEZ DE ALARCÓN, M., y NAVARRO VALLS, R. (2000). De la nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 692.

³⁶ DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 131.

³⁷ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 30 de septiembre 1997 (*AC* 1997, 2022).

³⁸ Para SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 58, «es una solución extraña, pues, si se considera al matrimonio como un negocio puro, como así hace nuestro legislador; la existencia de condición, término o modo no podrían acarrear otra consecuencia que no fuera su nulidad».

³⁹ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 7.^a (Melilla), de 26 de diciembre de 2003 (*JUR* 2004, 60416) ha habido una total discordancia entre la voluntad real y la manifestada, creando una apariencia de matrimonio. Estamos, pues, ante lo que se denomina simulación absoluta que produce la nulidad del matrimonio por falta de consentimiento. El esposo/demandado no quiere contraer matrimonio y solo se casó a los efectos de echar una especie de pulso o mantener una actitud de rebeldía frente a su familia ya que ambos cónyuges y sus respectivas familias son de religión diferente, no teniendo la intención de compartir su vida con persona de otra religión, pues, incluso el mismo día de la celebración del matrimonio, tras la ceremonia, cada contrayente volvió a casa de sus respectivas familias; asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.^a, de 26 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 82721) hay simulación matrimonial porque ambos cónyuges contrajeron matrimonio con una finalidad distinta a la propia institución.

⁴⁰ SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La celebración del matrimonio, *op. cit.*, 585; DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 134; LACRUZ BEDEJO, J.L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil, op. cit.*, 51; MIRALLES GONZÁLEZ, I. (2011). Nulidad del matrimonio civil. En: Fco. Lledó Yagüe y A. Sánchez Sánchez (dirs.), O. Monje Balmaseda (coord.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia, T. I Parte sustantiva*, Madrid: Dykinson, 197, precisa

que la simulación supone «la privación o modificación de los efectos esenciales del matrimonio, llevada a cabo por pacto entre los contrayentes (acuerdo simulatorio). Se requiere que los que aparentan celebrar el matrimonio tengan la intención fraudulenta de engañar a los demás, de no aceptar los fines o las obligaciones derivadas del matrimonio, creando una apariencia matrimonial». *Vid.* asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, de 1 febrero 2005 (*JUR* 2005, 81347); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 25.ª, de 6 junio 2013 (*JUR* 2013, 211268).

⁴¹ SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 63.

⁴² DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 803.

⁴³ GETE-ALONSO Y CALERA, M.ªC. (1984). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 375.

En esta línea, LINACERO DE LA FUENTE, M. (2020). Matrimonio. Parejas de hecho. En: M. Linacero de la Fuente (dir.), *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 134, un matrimonio es simulado «cuando los contrayentes de común acuerdo *consilium simulationis* y bajo la apariencia de celebrar un matrimonio, excluyen deliberadamente los efectos propios del estado civil de casado».

⁴⁴ LÓPEZ ALARCÓN, M. y NAVARRO VALLS, R. (2000). «De la nulidad del matrimonio», *op. cit.*, 708.

⁴⁵ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 2 de octubre de 2002 (*JUR* 2003, 28385) que señala, al respecto, que existe simulación cuando los cónyuges mediante pacto, excluyen los efectos esenciales del matrimonio, o los modifica tan sustancialmente que el matrimonio se queda en un puro nombre: supone la utilización del matrimonio como medio para alcanzar un efecto que se deriva de éste; la simulación matrimonial es siempre absoluta y no relativa, porque no coexisten simultáneamente dos negocios aunque, como se ha dicho, mediante la simulación pretenda alcanzarse una determinada finalidad.

⁴⁶ SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 64.

⁴⁷ DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 134-135.

⁴⁸ LÓPEZ ALARCÓN, M. y NAVARRO VALLS, R. (2000). De la nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 708.

⁴⁹ DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 135.

⁵⁰ CARRIÓN OLMOS, S. (1981). En torno a la simulación del matrimonio civil, *Revista de Derecho Privado*, número 1, año LXV, 57; GETE-ALONSO Y CALERA, M.ªC. (1993). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 325-326; de la misma autora, Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 375; DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 135; SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La celebración del matrimonio, *op. cit.*, 585; MIRALLES GONZÁLEZ, I. (2011). Nulidad del matrimonio civil, *op. cit.*, 197. Asimismo, *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 18 de junio de 2002 (*AC* 2002, 1470) la simulación es causa de nulidad del matrimonio por ausencia de consentimiento siempre que la simulación sea absoluta y requiere del acuerdo simulatorio, es decir, de pacto entre los contrayentes mediante el que se excluye los efectos mínimos o se modifique de manera tal sustancial que se quede en la mera apariencia; y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 2 de octubre de 2002 (*JUR* 2003, 28385) la simulación matrimonial es siempre absoluta y no relativa porque no coexisten simultáneamente dos negocios, aunque como se ha dicho mediante la simulación pretenda alcanzarse una determinada finalidad.

⁵¹ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 18 de junio de 2002 (*AC* 2002, 1470); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 26 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 82721).

En la Instrucción de 31 de enero de 2006 de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre los matrimonios de complacencia, 6336-6337, «las “presunciones homini” constituyen, en defecto de pruebas directas, un mecanismo legal que permite deducir, a partir de ciertos datos o indicios (hecho base), la existencia de un “hecho presunto”, en el caso

que ahora nos interesa la concurrencia o no concurrencia de un auténtico consentimiento matrimonial según la ley española, esto es, si la voluntad de los contrayentes se dirige a crear una comunidad de vida entre los esposos con la finalidad de cumplir los fines propios y específicos de la unión en matrimonio, asumiendo los derechos y deberes consustanciales a tal unión con arreglo a la caracterización de los mismos predeterminados por la ley. Los “datos de hecho objetivos” (hecho base) que deben emplearse para acreditar la existencia o inexistencia de auténtico consentimiento matrimonial a través de las “presunciones”, pueden desprenderse de las declaraciones de los contrayentes y/o terceras personas, de cualquier otra información escrita y de cualesquiera otros datos obtenidos durante una investigación. La determinación y valoración de estos “hechos objetivos”, se ha de realizarse en forma que permita compatibilizar un doble objetivo: por un lado, se ha de garantizar el pleno respecto al «*ius nubendi*» como derecho fundamental de las personas y, por otro lado, se ha de evitar que la falsa apariencia de matrimonio que resulta en los casos en que el consentimiento matrimonial se simula pueda acceder al Registro Civil como si de una verdadera unión matrimonial se tratase.

⁵² *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.^a, de 1 de febrero de 2005 (*JUR* 2005, 81347); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4.^a, de 7 de julio de 2005 (*AC* 2005, 1572); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.^a, de 26 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 82721).

⁵³ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3.^a, de 30 de abril de 1999 (*AC* 1999, 5865); de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 4 de junio de 1999 (*AC* 1999, 1313); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4.^a, de 27 marzo 2000 (*AC* 2000, 531); de la Audiencia Provincial Guadaluajara, 7 de junio de 2002 (*JUR* 2002, 201481); de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 5.^a, de 19 de febrero de 2003 (*JUR* 2003, 196554); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 3.^a, de 28 de marzo de 2005 (*AC* 2005, 2048); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 20 de junio de 2006 (*JUR* 2007, 72098); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.^a, de 30 de mayo de 2007 (*AC* 2007, 2191); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.^a, de 25 de marzo de 2010 (*JUR* 2010, 220164); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.^a, de 31 de marzo de 2010 (*JUR* 2010, 183580); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.^a, de 20 de diciembre de 2010 (*AC* 2011, 1862); de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. 1.^a, de 14 de abril de 2011 (*AC* 2011, 1192); de la Audiencia Provincial de Lleida, secc. 2.^a, de 3 de julio de 2012 (*JUR* 2012, 291049); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.^a, de 20 de octubre de 2012 (*AC* 2013, 992); de la Audiencia Provincial de Guadaluajara, secc. 1.^a, de 8 de febrero de 2013 (*AC* 2013, 908); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.^a, de 12 de septiembre de 2013 (*AC* 2013, 2390); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 17 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 70958).

⁵⁴ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, de 27 de abril de 2005 (*JUR* 2005, 122091).

⁵⁵ SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La celebración del matrimonio, *op. cit.*, 586; del mismo autor, La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 64. En esta línea, DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 803. *Vid.*, asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.^a, de 19 de abril de 2002 (*JUR* 2002, 155630); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, de 2 de junio de 2005 (*JUR* 2005, 1770); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.^a, de 31 de marzo de 2006 (*AC* 2006, 1273); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 3.^a, de 18 septiembre 2012 (*JUR* 2014, 152305); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.^a, de 26 de octubre de 2012 (*AC* 2013, 363); de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 2.^a, de 30 de enero de 2014 (*JUR* 2014, 98543); de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 2.^a, de 30 de marzo de 2014 (*JUR* 2014, 98543); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 11 de enero de 2016 (*AC* 2016, 470); y, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 3.^a, de 30 de marzo de 2016 (*AC* 2016, 1041).

⁵⁶ LÓPEZ ALARCÓN, M. y NAVARRO VALLS, R. (2000). De la nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 709.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.^a, de 27 de febrero de 2002 (*JUR* 2002, 149727) el matrimonio contraído bajo reserva mental comporta

una falta de consentimiento, pues, la parte que incurre en dicha falta quiere el matrimonio pero se reserva y oculta a la otra sus efectos, habiendo una clara discordancia consciente entre la voluntad y declaración; discordancia que oculta a la otra parte al silenciar que se expresa en términos distintos de la verdadera voluntad.

⁵⁷ AC 1999, 2588. En este sentido, *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 3.^a, de 13 de diciembre de 2002 (AC 2002, 1959); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 30 de junio de 2004 (JUR 2004, 207741); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.^a, de 13 de septiembre de 2004 (JUR 2005, 1143); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, de 2 de junio de 2005 (JUR 2005, 1770); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.^a, de 31 de marzo de 2006 (AC 2006, 1273); de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, secc. 4.^a, de 25 de septiembre de 2012 (JUR 2012/369587); y, de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 2.^a, de 30 de enero de 2014 (JUR 2014, 98543).

⁵⁸ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.^a, de 26 de octubre de 2012 (AC 2013, 363) pretensión única por parte de la contrayente de nacionalidad marroquí de legalizar su situación en España. Sin embargo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 7 de junio de 2002 (JUR 2002, 201481) falta de acreditación de la celebración del matrimonio para adquirir la nacionalidad española; y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 1.^a, de 14 de noviembre de 2003 (AC 2004, 86) falta de acreditación de la intención única de la esposa de abandonar Cuba, relación epistolar previa.

⁵⁹ SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 64. Asimismo, *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.^a, de 30 de marzo de 2012 (JUR 2012, 165421).

⁶⁰ DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 804.

⁶¹ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 73; GARCÍA CANTERO, G. (1982). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 218; SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 64-65.

⁶² GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del C. (1993). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 326; de la misma autora, (1984). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 376, señala, al respecto que «cierto que el que actúa con reserva mental no presta un consentimiento verdadero; cierto que los principios de responsabilidad, confianza y buena fe que se aplican a los contratos al hablar de este vicio no son trasladables al matrimonio. Pero no ha de perderse de vista una cosa es la falta de consentimiento porque así ha sido querido por ambas partes y otra que la validez del matrimonio penda de una de las partes «ad infinitum».

⁶³ SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La celebración del matrimonio, *op. cit.*, 585; del mismo autor (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 58; DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 127.

⁶⁴ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.^a, de 27 de febrero de 2002 (JUR 2002, 126479).

⁶⁵ SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 83.

⁶⁶ SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 85.

⁶⁷ DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 807; LÓPEZ ALARCÓN, M. y NAVARRO VALLS, R. (2000). De la nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 712; LINACERO DE LA FUENTE, M. (2020). Matrimonio. Parejas de hecho, *op. cit.*, 191; GARCÍA CANTERO, G. (1993). Nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 544; COBACHO GÓMEZ, J.A. (1992). El error en el matrimonio, *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona: Bosch, 259; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 74.

⁶⁸ GARCÍA CANTERO, G. (1993). Nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 544.

⁶⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 73. En la misma línea, LINACERO DE LA FUENTE, M. (2020). Matrimonio. Parejas de hecho, *op. cit.*, 188, habla de ignorancia del significado del matrimonio.

⁷⁰ MIRALLES GONZÁLEZ, I. (2011). Nulidad del matrimonio civil, *op. cit.*, 196.

⁷¹ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 73; DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 806.

⁷² GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del C. (1993). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 326; de la misma autora (1984). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 383; DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 464; del mismo autor (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 128; LÓPEZ ALARCÓN, M. y NAVARRO VALLS, R. (2000). «De la nulidad del matrimonio», *op. cit.*, 711.

⁷³ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (1997). *El error en el matrimonio*, Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 211-212.

⁷⁴ SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 86.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 13 de julio de 1999 (AC 1999, 7799) entiende por cualidades personales «las características física y psíquicas que integran la personalidad del individuo, con su ineludible proyección en las relaciones sociales; por ello alcanzan una singular repercusión en la celebración del contrato matrimonial»; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, de 22 de enero de 2010 (JUR 2010, 105270) dispone que en las cualidades personales se está contemplando las características interiores o internas, las endógenas o que no pueden apreciarse por signos externos de uno de los contrayentes, entre las que no puede incluirse el ejercicio de una profesión sin título habilitante para ello, incluso con lo que esto puede representar en cuanto a la falta de honradez del que así la ejerce, como se infiere, sin duda de que cualidad es sinónimo de propiedad, atributo, condición, naturaleza, peculiaridad, todas ellas cualidades o aspectos interiores o intrínsecos de la persona, a diferencia del ejercicio de una profesión que es un distintivo exógeno que se manifiesta externamente, aunque unas y otras puedan contribuir al desarrollo de la personalidad.

⁷⁵ DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 807.

⁷⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 807. Asimismo, *vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de julio de 1987 (RJ 1987, 5459); y, de 18 de septiembre de 1989 (RJ 1989, 6318).

⁷⁷ JUR 2006/253511. En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. 1.^a, de 25 de mayo de 2018 (AC 2018, 1321).

⁷⁸ SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 86; LINACERO DE LA FUENTE, M. (2020). Matrimonio. Parejas de hecho, *op. cit.*, 133; COBACHO GÓMEZ, J.A. (1992). El error en el matrimonio, *op. cit.*, 259-260.

⁷⁹ DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 807.

⁸⁰ GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del C. (1984). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 384.

⁸¹ SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 89.

⁸² GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del C. (1993). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 326; de la misma autora (1984). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 385; MIRALLES GONZÁLEZ, I. (2011). Nulidad del matrimonio civil, *op. cit.*, 196. *Vid.*, asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 10 de marzo de 1998 (AC 1998, 450); y, de 13 de julio de 1999 (AC 1999, 7799) se requiere una cierta importancia objetiva de tales cualidades que habrán de ser configuradoras de la personalidad del contrayente; y, de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.^a, de 5 de junio de 2006 (JUR 2006, 253511).

⁸³ SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 86. *Vid.*, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 13 de noviembre de 2007 (JUR 2008, 39696).

⁸⁴ LINACERO DE LA FUENTE, M. (2020). Matrimonio. Parejas de hecho, *op. cit.*, 133; COBACHO GÓMEZ, J.A. (1992). El error en el matrimonio, *op. cit.*, 260-261. Asimismo, *vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 13 de julio de 1999 (AC 1999, 7799).

⁸⁵ LÓPEZ ALARCÓN, M. y NAVARRO VALLS, R. (2000). De la nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 713.

⁸⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 807.

⁸⁷ SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 87.

⁸⁸ GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del C. (1993). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 326; de la misma autora (1984). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 384.

⁸⁹ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (1997). *El error en el matrimonio*, *op. cit.*, 213.

⁹⁰ LÓPEZ ALARCÓN, M. y NAVARRO VALLS, R. (2000). De la nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 712.

Por su parte, LINACERO DE LA FUENTE, M. (2020). Matrimonio. Parejas de hecho, *op. cit.*, 133 y 191 señala que «el error en las cualidades personales debe entenderse en un sentido restrictivo y limitado a aquellas cualidades que objetivamente y según la conciencia social y moral se pueden considerar como determinantes de la prestación del consentimiento (v.gr. la ignorancia sobre la homosexualidad del otro conyugue o una enfermedad mental grave, condena penal por malos tratos en una relación anterior)»; GARCÍA CANTERO, G. (1993). Nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 544 alude a la impotencia *coeundi*, la enfermedad mental en general y la depresión neurótica detectada después del casamiento, el embarazo anterior de la esposa, el cambio repentino de personalidad, la ocultación de antecedentes penales, las circunstancias económicas-profesionales y la situación de ilegalidad en España; MIRALLES GONZÁLEZ, I. (2011). Nulidad del matrimonio civil, *op. cit.*, 196-197, incluye como supuestos en los que puede apreciarse un indudable error en las cualidades «aquellos en los que las deficiencias o anomalías psíquicas no impiden la prestación del consentimiento, los casos de toxicomanía, impotencia, existencia de enfermedad infecciosa, el haberse sometido a una operación de cambio de sexo (con rectificación registral)»; en fin, COBACHO GÓMEZ, J.A. (1992). El error en el matrimonio, *op. cit.*, 262, alude a diversas causas como el alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales que pueden ser invocadas como error en las cualidades del otro cónyuge. *Vid.*, asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 4 de mayo de 1999 (AC 1999, 6598) se refiere a las enfermedades mentales o físicas, contagiosas o incapacitantes para la procreación o transmisibles a la prole, la frigidez, la homosexualidad o la indiferencia, o implica en el otro la asunción de un gravamen personal demasiado pesado —caso de enfermedades degenerativas latentes de curso irremediable, de tal forma que de haberse conocido no se habría prestado el consentimiento—; y, de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 5.^a, de 21 de julio de 2000 (AC 2000, 4715) alude a la enfermedad mental grave, la enfermedad física contagiosa o que impida la procreación, la impotencia, la homosexualidad, el padecimiento de una enfermedad degenerativa irreversible.

⁹¹ GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del C. (1984). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 384. *Vid.*, asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 3.^a, de 28 de enero de 2002 (AC 2002/787); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 3.^a, de 28 de marzo de 2005 (AC 2005,2048).

⁹² SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 88.

⁹³ GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del C. (1984). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 384.

⁹⁴ GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del C. (1984). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 385. *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 10 de marzo de 1998 (AC 1998, 450) no puede integrarse en el error en las cualidades personales las condiciones o circunstancias profesionales del demandado, como tampoco las económicas; y, de 13 de julio de 1999 (AC 1999, 7799) es doctrina unánime que no merece la consideración de cualidades personales, las condiciones profesionales, económicas e incluso las sociales del otro consorte; de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 2.^a, de 26 de febrero de 2003 (AC 2003, 433) se excluyen aquellas condiciones de carácter profesional, económico e incluso de índole social del otro consorte; y, de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.^a, de 14 de enero de 2005 (JUR 2005, 42283) no cualquier error en la personalidad de uno de los conyugues da derecho al otro a alegar la nulidad por engaño, puesto que no es posible deducir que este haya sido engañado porque la esposa no le dijera con exactitud cuál era su expediente académico.

⁹⁵ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (1997). *El error en el matrimonio*, *op. cit.*, 212. En esta línea, COBACHO GÓMEZ, J.A. (1992). El error en el matrimonio, *op. cit.*, 261 señala que no debe tener relevancia el error en cuanto a la profesión, inteligencia, situación económica y belleza física, etc.

⁹⁶ SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 88; BLANDINO GARRIDO, M.^a A. (2010). La nulidad matrimonial, *op. cit.*, 75; GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del C. (1993). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 326; LINACERO DE LA FUENTE, M. (2020). Matrimonio. Parejas de hecho, *op. cit.*, 192; MIRALLES GONZÁLEZ, I. (2011). Nulidad del matrimonio civil, *op. cit.*, 196. *Vid.*, asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 3.^a, de 28 de enero de 2002 (AC 2002/787); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 2.^a, de 26 de febrero de 2002 (AC 2003, 433) resulta necesario valorar los hechos y conductas de ambos cónyuges en el periodo de relaciones mantenidas durante el noviazgo; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.^a, de 5 de junio de 2006 (JUR 2006, 253511); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 13 de noviembre de 2007 (JUR 2008, 39696).

⁹⁷ BLANDINO GARRIDO, M.^a A. (2010). La nulidad matrimonial, *op. cit.*, 75.

⁹⁸ RJ 1987/5459.

⁹⁹ SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 90. *Vid.*, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.^a, de 14 de enero de 2005 (JUR 2005, 42283).

¹⁰⁰ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 3.^a, de 20 de enero de 2002 (AC 2002, 787).

¹⁰¹ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 2.^a, de 26 de febrero de 2003 (AC 2003, 433).

¹⁰² *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 13 de julio de 1999 (AC 1999, 7799) se requiere una cierta importancia objetiva de tales cualidades que, habrán de ser configuradoras de la personalidad del contrayente. Referencia a errores que por su singular importancia hubiesen viciado plenamente el consentimiento; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, de 19 de marzo de 2003 (AC 2003, 1118) señala, al respecto que, las causas de nulidad tienen carácter subjetivo desde el punto de vista del consentimiento y, objetivo desde la perspectiva de la convivencia.

¹⁰³ MIRALLES GONZÁLEZ, I. (2011). Nulidad del matrimonio civil, *op. cit.*, 197; DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 465.

¹⁰⁴ LÓPEZ ALARCÓN, M. y NAVARRO VALLS, R. (2000). De la nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 713.

¹⁰⁵ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de septiembre de 1989 (RJ 1989, 6318) falta de prueba de la enajenación mental en el momento de contraer matrimonio; y, las Sentencias de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 5.^a, de 7 de mayo de 1999 (AC 1999, 1054) falta de prueba suficiente por la actora de la condición de alcohólico y drogadicto o enfermedad mental del esposo, así como su falta de conocimiento antes del matrimonio, pues resulta extraño que la esposa a pesar del corto noviazgo que dice que tuvo con el demandado, no se hubiera dado cuenta en ese tiempo de los graves vicios del alcoholismo y drogadicción que atribuyo después a su marido, al tratarse de dolencias o estados crónicos. Lo normal es que se hubiera mostrado en un periodo mínimo de trato y convivencia y que la actora por lo menos los hubiera vislumbrado o notado y pudiese así decidir con cierto grado de libertad en cuanto a la consecuencia de su unión matrimonial con él; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 13 de julio de 1999 (AC 1999, 7799) insuficiencia de la prueba aportada por el actor de los hechos constitutivos de su pretensión. Insuficiencia de la prueba aportada por el actor tanto en orden a la justificación de las anomalías psíquicas denunciadas en relación a su esposa, en su condición de coetáneas a la prestación del consentimiento matrimonial, como en lo concerniente a su invocado desconocimiento entonces por el esposo; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, de 27 de abril de 2005 (JUR 2005, 122091) no procede error en las cualidades personales, las alteraciones psíquicas graves al no resultar acreditadas; de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1.^a, de 10 de octubre de 2007 (JUR 2008, 79133) falta de precisión en la demanda de las cualidades de la demandada sobre las que recayó el error; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 13 de noviembre de 2007 (JUR 2008, 39696) falta de acreditación sobre el desconocimiento de la condición de transexual de su esposa. No deja de llamar la atención que el Sr. Luis Alberto que ya había pasado por un anterior matrimonio del que existe descendencia, no percibiera nada extraño en el aspecto físico o en el comportamiento psicológico de su

esposa, llegando a manifestar de modo sorprendente que, al conocer en el mes de octubre de 2005 su condición de transexual, es cuando se dio cuenta que, durante los seis meses en que estuvieron casados, aquella no había tenido el periodo menstrual; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 20 de septiembre de 2013 (*JUR* 2013, 311869) desestimación falta de prueba del error en las cualidades personales del contrayente, que fueran determinante de la prestación del consentimiento, al no haberse puesto de manifiesto a que cualidades se refiere, ni en qué ha consistido el error; ni probar lo alegado; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 19 de junio de 2015 (*AC* 2015, 957) desestimación de error en las cualidades personales el conocimiento por la esposa de las dolencias y antecedentes clínicos del esposo; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 12 de abril de 2016 (*AC* 2016, 818) acreditación que el esposo conoce la enfermedad de la esposa, no importándole y estando dispuesto a cuidarla y ayudarla a superarla, sin que fuera obstáculo para la inscripción. No procede error en las cualidades personales; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 1 de junio de 2016 (*AC* 2016, 1138) falta de prueba del ejercicio de la prostitución de la esposa durante el matrimonio.

¹⁰⁶ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.^a, de 10 de enero de 2006 (*AC* 2006, 614).

¹⁰⁷ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, de 22 de enero de 2010 (*JUR* 2010, 105270).

¹⁰⁸ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 6.^a, de 30 de junio de 2000 (*JUR* 2000, 284914).

¹⁰⁹ *AC* 2001/2573.

¹¹⁰ *JUR* 2010/356837.

¹¹¹ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 5.^a, de 21 de julio de 2000 (*AC* 2000, 4715).

¹¹² *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 4 de mayo de 1999 (*AC* 1999, 6598).

¹¹³ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, de 5 de julio de 2005 (*JUR* 2006, 222903).

¹¹⁴ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 5.^a, de 28 de junio de 2004 (*JUR* 2004, 211624).

¹¹⁵ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de febrero de 1997 (*RJ* 1997, 1005); y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 23 de febrero de 2001 (*AC* 2001, 2080).

¹¹⁶ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.^a, de 10 de enero de 2006 (*AC* 2006, 614).

¹¹⁷ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 3.^a, de 28 de marzo de 2005 (*AC* 2005, 2048).

¹¹⁸ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 2.^a, de 26 de febrero de 2003 (*AC* 2003, 433). Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 13 de julio de 1999 (*AC* 1999, 7799) alude a la existencia de anomalías de carácter físico o psíquico; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 3.^a, de 28 de enero de 2002 (*AC* 2002, 787) esquizofrenia. Eficacia jurídica de esta perturbación anímica sobre la conciencia y la voluntad; y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, de 5 de julio de 2005 (*JUR* 2006, 222903) se refiere a supuestos como enfermedades físicas o mentales importantes. Se trata de patologías que incapacitan para la procreación u otros supuestos que de haberse conocido hubieran evitado la prestación del consentimiento.

¹¹⁹ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.^a, de 27 de abril de 2010 (*JUR* 2010, 253437).

¹²⁰ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3.^a, de 25 de enero de 2005 (*AC* 2005, 873).

¹²¹ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, de 27 de febrero de 1995 (*AC* 1995, 858); de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.^a, de 14 de noviembre de 2001 (*AC* 2001, 2509); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 19 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 75571).

¹²² *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, de 19 de marzo de 2003 (AC 2003, 1118).

¹²³ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.^a, de 5 de junio de 2006 (JUR 2006, 253511).

¹²⁴ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. 1.^a, de 25 de mayo de 2018 (AC 2018, 1321).

¹²⁵ JUR 2020/46607. Los antecedentes de hecho de la sentencia son los siguientes: el día 4 de octubre de 2017 el Dr. Fructuoso presentó demanda en la que pide el divorcio. Relata que, casados los litigantes en 1975 y con dos hijas, ya mayores de edad, la esposa se ha quedado en la vivienda familiar; pero no tiene atribución de uso, en aras a la división de la cosa común. Añade que, no hay desequilibrio que pueda generar derecho a pensión compensatoria. La demandada contesta y dice que el esposo le ha ocultado siempre que era travesti. Pide el uso de la vivienda familiar; una pensión compensatoria de 500 euros al mes durante 3 años (argumenta que el coste de mantenimiento de las dos viviendas es muy diferente, que el esposo rescató 20.000 euros de un seguro de ahorro común y que la vivienda familiar necesita obras de acondicionamiento; y dice que su pensión es menor que la del esposo). Reconviene para pedir la nulidad del matrimonio por error en las cualidades personales del esposo (art. 73.4 CC), por desconocer la identidad femenina de su esposo. Acumula la acción de división de la cosa común (dos inmuebles, colección de trenes eléctricos, ahorros en fondos de inversión, seguro de ahorro) y propone dos lotes. El actor se opone a la reconvencción y dice que en julio de 2014 la esposa ya supo de su condición y han pasado tres años, por lo que la acción ha caducado, al haber convivido más de un año después de conocido el error (art. 76 CC). Rechaza la asignación del uso de la vivienda a la contraria (sostiene que él es el más necesitado de protección dice ganar menos de 3.642 euros frente a 2.431) y no admite la comparación de gastos entre fincas, no haberse quedado el capital rescatado del seguro (sostiene que se aplicó a gastos familiares). Está de acuerdo con los lotes de inmuebles (incluye los ajuares), pero no con un pago complementario a su valor por la diferencia de precio del piso (95.625 euros), con uso a favor de la esposa hasta su venta y excluye la colección de trenes en miniatura (comprados antes de la convivencia en gran medida y con su propio peculio), el fondo de inversión rescatado y gastado en cargas familiares, las obras del inmueble (pagadas a medias) y las del otro inmueble (pagadas por él) y son consideración de futuras obras. El Ministerio Fiscal contesta a la demanda reconvenccional y se remite al resultado de las pruebas. En conclusiones, dice que el error sobre la cualidad personal (travestismo) no es suficientemente severo. No considera, sin embargo, caduca la acción porque el hecho se supo en julio de 2014 y en octubre el esposo dejó la vivienda, aunque aparentaran después convivencia por razones familiares.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Barcelona, número 18, de 22 de diciembre de 2018 tras cita de diversas sentencias, entiende que el ser travesti era una condición latente en el momento del matrimonio, que se desarrolló después. Sostiene que no tiene entidad objetiva de error y que no ha condicionado la vida de pareja y que desde la «confesión» del año 2014 las partes compartieron domicilio, ocio, viajes y relaciones familiares, por lo que ha caducado la acción, convalidada por consentimiento matrimonial. Estima la acción de divorcio, atribuye el uso de la vivienda familiar a la esposa hasta división que, acuerda con remisión al procedimiento correspondiente y fijando como bienes los dos inmuebles, deniegue la pensión compensatoria y desestima la acción de nulidad matrimonial.

La recurrente sostiene que la sentencia es incoherente, pues, si el error no era suficiente, no debía analizarse la convalidación del matrimonio. Destaca que el error en la cualidad personal no es negado de contrario. Añade que, concurre error en la apreciación de la prueba y que hay error en una cualidad esencial y predica su subjetiva apreciación como válida (la decisión del esposo al travestismo no era un mero entretenimiento, era un disfraz oculto a todos, no como pasaría en un carnaval). Sostiene que no se cumple la condición de convivencia durante un año después del descubrimiento, esta se rompió y que no caduca la acción, rota la convivencia, siendo el plazo de 4 años (art. 1301 CC). Cita la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 1989. Destaca que las fotografías responden al deseo de no perjudicar a las nietas e hijas, pero no prueban convivencia marital. Insiste en reclamar la pensión compensatoria y en la conformación de

los lotes y en la división de bienes, como reclamó. El Ministerio Fiscal pide la confirmación de la sentencia. Considera que la condición de travesti no es un aspecto de la personalidad de tal envergadura que afecte al consentimiento matrimonial, lo valora subjetivamente la actora y se ha convalidado con la convivencia, caducando la acción por el paso de un año. La parte apelada se opone al recurso, defiende los argumentos de la sentencia y dice que la acción ha caducado y que persistió la vida de pareja durante más de un año. Rechaza también las pretensiones complementarias.

¹²⁶ GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del C. (1984). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 385; de la misma autora (1993). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 326; DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 810. *Vid.*, asimismo, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sala de lo Civil, de 26 de noviembre de 1985 (*RJ* 1985, 5901) los hechos expuestos y los demás probados revelan una conducta del recurrente que ha de ser calificada de dolosamente grave, pues si bien la Sala de instancia ha de apreciar los hechos que constituyen el dolo, esto es, un concepto jurídico que este tribunal de casación revisa para llegar a la misma conclusión que la Sala a quo —Sentencias de 31 de mayo de 1961 (*RJ* 1961, 3001), de 8 de febrero de 1955 (*RJ* 1955, 342) y otras— puesto que el recurrente se sirvió un matrimonio para lograr sus apetencias sexuales exclusivamente, circunstancia que de haber sido conocidas por la contrayente recurrida, hubiera impedido la celebración de la boda; y, de 1 de julio de 1994 (*RJ* 1994, 6410) engaño de la esposa haciendo creer al marido que todavía tenía edad para engendrar hijos; y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.^a, de 14 de noviembre de 2001 (*AC* 2001/2509) engaño de la demandada, pues, el consentimiento fue otorgado por el demandante en la creencia que el hijo que esperaba la futura esposa era suyo; y de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.^a, de 14 de enero de 2005 (*JUR* 2005/42283) no cualquier error en las cualidades personales de uno de los contrayentes da derecho al otro a otorgar la nulidad por engaño, puesto que no es posible deducir que este ha sido engañado porque la esposa no le dijera con exactitud cuál era su expediente académico, ni que el fin que movió a la esposa a casarse fue el económico, ni porque no le dijera que había tenido una aventura amorosa.

¹²⁷ DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 129; del mismo autor (2016). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 465; GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del C. (1984). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 387; DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 810; GARCÍA CANTERO, G. (1993). Nulidad de matrimonio, *op. cit.*, 545; LINACERO DE LA FUENTE, M. (2020). Matrimonio. Pareja de hecho, *op. cit.*, 192, también precisa que existe intimidación cuando se induce a otra persona a emitir una declaración de voluntad, amenazándole injustamente, con un mal grave si no lo emite. La intimidación (vis relativa) significa coacción moral y vicia la voluntad (134). *Vid.*, asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.^a, de 2 de junio de 2003 (*JUR* 2004, 2118); y, de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 1.^a, de 5 de junio de 2003 (*AC* 2003/1040).

¹²⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 53.

¹²⁹ LÓPEZ DE ALARCÓN, M. y NAVARRO VALLS, R. (2000). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 713.

¹³⁰ GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del C. (1984). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 388; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 74; LÓPEZ DE ALARCÓN, M. y NAVARRO VALLS, R. (2000). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 714.

¹³¹ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 53.

¹³² DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 810.

¹³³ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 7.^a (Melilla), de 2 de marzo de 2005 (*JUR* 2005/108844).

¹³⁴ LÓPEZ DE ALARCÓN, M. y NAVARRO VALLS, R. (2000). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 714.

¹³⁵ En esta línea, DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 147.

¹³⁶ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 julio 2004 (*RJ* 2004/4297) consentimiento otorgado por contrayente con trastorno depresivo en fase aguda y de extrema gravedad que, reduce su capacidad cognoscitiva y volitiva, teniendo pensamientos negativos e ideas autodestructivas que, le impiden tomar decisiones.

¹³⁷ GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del C. (1993). Comentario al artículo 74 del Código civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, Luis Díez-Picazo Ponce de León, P. Salvador Cordech, *Comentario del Código civil, vol. I*, Madrid: Secretaria General Técnica. Centro de Publicaciones, 327. En contra, GARCÍA CANTERO, G (1982). De la nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 208-209 que distingue entre inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa o anulabilidad.

¹³⁸ BLANDINO GARRIDO, M.^a A. (2010). La nulidad matrimonial, *op. cit.*, 80.

¹³⁹ DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 74 del Código civil. En: R. Bercovitz, *Comentarios al Código civil, T. I*, Valencia: Tirant lo Blanch, 815.

¹⁴⁰ DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 143.

¹⁴¹ DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 74 del Código civil, *op. cit.*, 802.

¹⁴² *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 5 abril 2001 (*RJ* 2002, 1400) legitimación activa del tutor de la hermana ya fallecida.

¹⁴³ DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 74 del Código civil, *op. cit.*, 816, entiende que debería darse cauce a los divorciados como personas con interés legítimo, si bien añade que «en todo caso, no debe olvidarse que, el Código civil utiliza, en algunas ocasiones, la palabra cónyuges para referirse a quienes lo fueron antes del divorcio, sin emplear nunca la más coloquial ex cónyuges».

¹⁴⁴ GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del C. (1993). Comentario al artículo 74 del Código civil, *op. cit.*, 327 y 328; de la misma autora (1984). Comentario al artículo 74 del Código civil, *op. cit.*, 392. En esta línea, MIRALLES GONZÁLEZ, I. (2011). Nulidad del matrimonio civil, *op. cit.*, 201 interés que, se entiende directo y legítimo «cuando existe una dependencia o relación entre la existencia de un matrimonio y el derecho que el interesado ostenta».

¹⁴⁵ DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 74 del Código civil, *op. cit.*, 817-818.

Así, señalan que tiene legitimación activa la Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 5 abril 2001 (*RJ* 2002, 1400) el tutor de la hermana ya fallecida; sin embargo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, de 9 de noviembre de 2000 (*AC* 2000, 2418) entiende que falta legitimación de la hermana en calidad de tutora por la finalización de su función como tutor con la muerte de su hermana. Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 1.^a, 14 de noviembre de 2003 (*AC* 2004, 86) indica que, tienen legitimación activa los hermanos del marido fallecido; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 10 de enero de 2003 (*JUR* 2003, 92883) se trata de una acción ejercitada por la hermana del esopo que contrajo matrimonio en artículo *mortis*. También se considera que tiene interés directo y legítimo para interponer la acción de nulidad la primera esposa que solicita la declaración de nulidad del segundo matrimonio contraído por su esopo sin haber disuelto el primero; y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.^a, de 1 de julio de 2009 (*JUR* 2010, 31490) que, tras su fallecimiento ha continuado la acción su hijo don Juan Luis. En contra de esta legitimación activa, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 5 de mayo de 2005 (*AC* 2005, 1023) que considera que en este supuesto tiene falta de legitimación la esposa. En fin, se entiende que no tiene legitimación activa la acción ejercida por el hijo del matrimonio una vez disuelto este por la muerte de uno de los cónyuges, pues hay extinción de la legitimación para impugnar el matrimonio.

¹⁴⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 74 del Código civil, *op. cit.*, 819.

¹⁴⁷ DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Comentario al artículo 74 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado*, vol. I, 2.^a ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, 459.

¹⁴⁸ DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Comentario al artículo 75 del Código civil, *op. cit.*, 460 manifiesta que «la legitimación de los padres o tutores es extraordinaria y de origen legal: por eso es técnicamente razonable que el precepto la extienda a los guardadores y hayan de entenderse legitimados los padres aunque hubieran sido privados de la patria potestad». Y

añade que «a pesar del tenor del artículo 222.4 del Código civil, la Entidad Pública y los acogedores carecen de la legitimación que se ocupa el artículo 75, debiendo limitarse, si consideran que lo requiere el interés de aquel, a solicitar su ejercicio al Ministerio Fiscal (art. 174 CC)».

¹⁴⁹ DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Comentario al artículo 75 del Código civil, *op. cit.*, 460.

¹⁵⁰ DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 75 del Código civil, *op. cit.*, 822; GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del C. (1993). Comentario al artículo 75 del Código civil, *op. cit.*, 328.

¹⁵¹ Para DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 147 el supuesto de hecho del precepto «es que uno o ambos contrayentes fueran, al casarse, menores de catorce años, o que uno o ambos fueran mayores de esta edad, pero no estuvieran emancipados y no hubieran cumplido los dieciocho y el matrimonio se hubiera celebrado sin la oportuna dispensa».

¹⁵² DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 75 del Código civil, *op. cit.*, 821.

¹⁵³ LÓPEZ ALARCÓN, M. y NAVARRO VALLS, R. (2000). De la nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 729 precisan que el momento del comienzo del cómputo del plazo de convivencia opera también para contar el de caducidad y ha de coincidir con el comienzo de la mayoría de edad. (...) En todo caso a los jueces corresponde tolerar un prudente retraso o un justificado desfase entre el comienzo del plazo de caducidad y de convivencia.

¹⁵⁴ DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 75 del Código civil, *op. cit.*, 821; GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del C. (1993). Comentario al artículo 75 del Código civil, *op. cit.*, 329; de la misma autora (1984). Comentario al artículo 75 del Código civil, *op. cit.*, 402.

¹⁵⁵ DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Comentario al artículo 75 del Código civil, *op. cit.*, 461.

¹⁵⁶ GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del C. (1993). Comentario al artículo 75 del Código civil, *op. cit.*, 329.

¹⁵⁷ GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del C. (1993). Comentario al artículo 75 del Código civil, *op. cit.*, 330, que, además señala que, tampoco procede la aplicación del plazo señalado en el artículo 1301 del Código civil; DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 75 del Código civil, *op. cit.*, 824. En contra, GARCÍA CANTERO, G (1982). Comentario a los artículos 74 a 76 del Código civil, *op. cit.*, 236-237 que, manifiesta al respecto que, en principio el plazo de prescripción no es idéntico para todos los supuestos. Así «para los casos que califica de anulabilidad matrimonial, parece indicada la prescripción cuatrienal del artículo 1301 del Código civil y para los supuestos de nulidad absoluta, el general de quince años. Sería, por ejemplo, contrario a la buena fe que, después de este periodo de tiempo se alegara la nulidad del matrimonio por no haber estado presentes los testigos en el momento de intercambiar el consentimiento».

¹⁵⁸ LINACERO DE LA FUENTE, M. (2020). Matrimonio. Pareja de hecho, *op. cit.*, 186; GARCÍA CANTERO, G. (1993). Nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 547-548.

¹⁵⁹ GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del C. (1993). Comentario al artículo 79 del Código civil, *op. cit.*, 332.

¹⁶⁰ DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 148-149. Por su parte, MIRALLES GONZÁLEZ, I. (2011). «Nulidad del matrimonio civil», *op. cit.*, 203 manifiesta que la buena fe «debe ser entendida como desconocimiento o ignorancia de la existencia de alguna causa que pudiera provocar la nulidad del matrimonio y debe darse en el momento de la celebración del matrimonio aunque después desaparezca».

¹⁶¹ Las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 marzo 1992 (RJ 1992, 2014) establece como requisitos del artículo 98 del Código civil: 1. Que el matrimonio haya sido declarado nulo, ya sea por sentencia civil, o en su caso, canónica, pero en esta última eventualidad, se exigirá que haya cumplido la condición necesaria e ineludible para producir efectos civiles, cual es que haya sido previamente declarado ajustado al Derecho del Estado, o lo que es igual a nuestro ordenamiento jurídico, por los tribunales civiles correspondientes, según establece el artículo 80 del Código civil en relación con los acuerdos jurídicos con la Santa Sede de 3 de enero de 1979; 2. Que el reclamante tenga la condición de cónyuge de buena fe; de ahí que, el derecho a la indemnización no exista cuando concurre en ambos,

al producirse una compensación de las respectivas pretensiones, conforme al artículo 1195 del Código civil, ni tampoco cuando en uno y otro se dé mala fe, al carecer en estos casos, la indemnización de toda razón de ser y consistencia, al faltar uno de los presupuestos a los que se supedita si reconocimiento; y 3. La existencia de una convivencia anterior durante su vigencia, creadora de una apariencia de matrimonio, pero sin que se exija un tiempo mínimo al respecto; y, de 1 de julio de 1994 (*RJ* 1994, 6420). *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 8.ª, de 4 abril 1996 (*AC* 1996, 806); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.ª, de 2 junio 1997 (*AC* 1997, 1284) dispone que, la indemnización del artículo 98 del Código civil que, el demandado apelante impugna ha de ser cuantificada teniendo en cuenta la convivencia conyugal y las circunstancias previstas en el artículo 97 del Código civil. Esa convivencia es la matrimonial, no la eventual anterior al matrimonio nulo, que en el caso es un dato relevante, pues, este dura siete años y aquella cuatro meses escasos y como bien dice la sentencia apelada no hay otros perjuicios para la actora que los daños morales ocasionados al contraer matrimonio después de una larga convivencia análoga y el que la conducta desordenada del marido produjo su ruptura pocos meses después. En realidad los daños morales no derivan tanto de la ruptura de la convivencia, supuesto ordinario del que parte el artículo 98 sino de la contracción misma del matrimonio anulado, que es lo que realmente ha causado sufrimiento a la actora, pues su convivencia análoga a la conyugal era notoria en su ambiente social; de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 6.ª (Ceuta), de 4 de diciembre de 2006 (*AC* 2007, 1026) manifiesta que, para fijar la indemnización ha de acudirse a las mismas circunstancias establecidas en el artículo 97 del Código civil respecto de la pensión por desequilibrio económico y estos sirven para establecer la cuantía, para la cual es determinante la convivencia fundamentalmente la duración de la vida en común. Se fija una indemnización al cónyuge de buena fe de 12.000 euros por once años de convivencia, trabaja fuera del hogar y no tiene descendencia; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 13 de diciembre de 2011 (*JUR* 2012, 22967) indica al respecto que «el posible resarcimiento indemnizatorio que contempla el artículo 98 del Código civil queda constreñido, conforme a lo expuesto, al dimanante daño moral inferido a quien, de buena fe, cree haber constituido válidamente un proyecto de vida en común a través de un vínculo que, posteriormente, es declarado inexistente o inválido por causas imputables al otro contrayente y desconocidas por aquel. Por ello, no puede cobijarse bajo tal figura legal el resarcimiento de otro tipo de perjuicios, como los que se postulan en el caso por la impugnante, con específica referencia a las lesiones padecidas por contagio inherente a las relaciones sexuales con su esposo, pues las mismas, en el caso de estar acreditada dicha causa de transmisión, lo que resulta sumamente dudoso a través de la prueba practicada en la presente Litis, habrían de derivarse, en orden a su reclamación ante los tribunales, a cauces procesales distintos del presente, constreñido necesariamente por las previsiones que, en orden a la adopción de medidas complementarias, se contiene en los artículos 91 y siguientes del Código civil, entre las que no encuentra encaje una acción como la que ejercita la actora, hoy impugnante».

¹⁶² GARCÍA CANTERO, G. (1993). Nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 550 señala al respecto que «el artículo 95 del Código civil se configura aquí un régimen sancionatorio para evitar que el cónyuge que actúa de mala fe pueda beneficiarse de los gananciales generados durante la apariencia de matrimonio que la sentencia destruyó». Asimismo, MIRALLES GONZÁLEZ, I. (2011). Nulidad del matrimonio civil, *op. cit.*, 203 indica que «se trata de vitar con esta norma que el cónyuge de mala fe pueda, a pesar de ser el causante de la nulidad, aprovecharse económicamente del otro en el momento de liquidar el régimen, evitando que pueda conseguir un potencial beneficio aquel que actuó a conciencia de la ilegalidad de sus actos». *Vid.* también la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de julio de 1994 (*RJ* 1994, 6420).

¹⁶³ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 81.

¹⁶⁴ GARCÍA CANTERO, G. (1993). Nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 551.

¹⁶⁵ RAGEL, L.F. (2003). *Nulidad, separación y divorcio en la jurisprudencia*, *op. cit.*, 7.

¹⁶⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 79 del Código civil, *op. cit.*, 829; SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 116; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 81. *Vid.*, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3.ª, de 25 de mayo de 2005 (*AC* 2005, 873).

1.3. Derechos Reales

Posible aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en las operaciones inmobiliarias a raíz de la Covid-19*

Possible application of rebus sic stantibus clause in real estate operations as a result of Covid-19

por

PASTORA DE ARTIÑANO MARRA
Abogada-Doctoranda de la URJC de Madrid
Investigadora predoctoral URJC

RESUMEN: La pandemia mundial ocasionada por la Covid-19 ha generado un impacto económico de tal envergadura, que pone de relieve la necesidad de utilizar mecanismos jurídicos que permitan flexibilizar el régimen contractual actual.

En este sentido, en el presente estudio se aborda la posibilidad de aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* a los contratos afectados por los efectos de dicha pandemia, mediante el análisis jurisprudencial de sus requisitos y efectos, así como su aplicación previa a situaciones de crisis económica, con especial mención a las operaciones inmobiliarias, tratando de anticipar cómo se resolverán los conflictos surgidos con ocasión de esta nueva crisis económica.

ABSTRACT: *The global Covid-19 pandemic has had an outsized economic impact, underscoring the need to use legal mechanisms that increase the flexibility of the current contractual regime.*

This paper examines the feasibility of a rebus sic stantibus clause in the framework of the contracts affected by such pandemic. For that purpose, a jurisprudence analysis of the requirements and potential effects of the clause is carried out. Furthermore, its prior usage in the earlier economic crisis is analyzed, with a special focus on real estate operations. Finally, we aim to extrapolate our findings to assess potential solutions to conflicts derived from the new economic context.

PALABRAS CLAVE: Cláusula *rebus sic stantibus*. Crisis económica. Covid-19. Operaciones inmobiliarias.

KEY WORDS: *Rebus sic stantibus clause. Economic crisis. Covid-19. Real estate operations.*

* Este trabajo ha sido realizado en el marco de un contrato predoctoral financiado por la Universidad Rey Juan Carlos.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONSIDERACIONES PREVIAS. LA NATURALEZA DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*.—III. REQUISITOS DE APLICACIÓN DE LA «*REBUS SIC STANTIBUS*».—IV. LA *REBUS SIC STANTIBUS* Y SU APLICACIÓN EN SITUACIONES DE CRISIS ECONÓMICA. ESPECIAL MENCIÓN A OPERACIONES INMOBILIARIAS.—V. *REBUS SIC STANTIBUS* Y CRISIS DE LA COVID-19.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La conocida *cláusula rebus sic stantibus*, denominada en una ocasión como «teoría de agobio del deudor»¹ muy estudiada por los civilistas durante años, y en especial en estos últimos meses, a raíz de la crisis derivada de la pandemia mundial que se inició a principios de año por la Covid-19, es una materia cuyo estudio es verdaderamente complejo pues, como es sabido, carece de regulación y se trata de una teoría de elaboración jurisprudencial.

Han sido muchos los autores y juristas que han defendido la regulación definitiva de dicha cláusula; petición que ya se puso de manifiesto en la Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación en el año 2009, en la que se planteaba, entre otras, una nueva redacción del artículo 1213 del Código civil², en el que pudieran incluirse los supuestos de alteración sobrevenida de las circunstancias de la forma en que se venía exigiendo por la jurisprudencia.

Esta propuesta de modernización, tuvo —y sigue teniendo— una buena acogida entre los juristas, hasta el punto en que se cita por el propio Tribunal Supremo en resoluciones recientes³ en materia de *rebus sic stantibus*.

La idea de regular la cláusula e incorporarla a nuestro ordenamiento jurídico se ha puesto de manifiesto recientemente en el Preámbulo del Real Decreto Ley 15/2020 de 21 de abril, de medidas urgentes para apoyar la economía y el empleo, en el que se expone lo siguiente: «Ante esta situación, procede prever una regulación específica en línea con la cláusula *rebus sic stantibus*, de elaboración jurisprudencial, que permite la modulación o modificación de las obligaciones contractuales si concurren los requisitos exigidos: imprevisibilidad e inevitabilidad del riesgo derivado, excesiva onerosidad de la prestación debida y buena fe contractual».

Como es lógico, la actual situación de pandemia ha dado lugar a una crisis económica —que ya se ha hecho patente desde sus inicios— cuyos efectos, previsiblemente, subsistirán durante los próximos años.

No es ningún despropósito pensar que la pandemia se pueda calificar jurídicamente como una alteración sobrevenida de las circunstancias, imprevisible, que ha producido —produce y producirá— en muchos casos, un desequilibrio entre las prestaciones pactadas por las partes en contratos de diversa índole; motivo por el que el presente análisis se centrará en exponer brevemente, algunas de las resoluciones del Tribunal Supremo más destacables, que a nuestro juicio, pueden servir de base para prever lo que se resolverá en futuros litigios surgidos a raíz de la nueva crisis económica, que lamentablemente ya ha comenzado.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS. LA NATURALEZA DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

Antes de iniciarnos en este estudio, es necesario enunciar algunos de los principios que deben considerarse para comprender la naturaleza de la teoría *rebus sic stantibus* y, por consiguiente, su aplicación.

Es de sobra conocido, que en materia contractual rige el principio conocido como «*pacta sunt servanda*» o «lealtad a la palabra dada»⁴, plasmado en los artículos 1091, 1255 y 1258 del Código civil según el cual, las partes están obligadas al cumplimiento de lo expresamente pactado.

Asimismo, el principio de conservación de los contratos o «*favor contractus*», considerado por la jurisprudencia en múltiples ocasiones como criterio interpretativo y principio general del derecho⁵; «que comporta, entre otros extremos, el dar una respuesta adecuada a las vicisitudes que presenta la dinámica contractual desde la preferencia y articulación de los mecanismos que anidan en la validez estructural del contrato y su consiguiente eficacia funcional, facilitando el tráfico patrimonial y su seguridad jurídica»⁶, actúa a su vez como garante del «*pacta sunt servanda*», y no debe perderse nunca de vista; menos aún, si lo que se pretende es la modificación de un contrato.

Por otro lado, no debe olvidarse que el artículo 1262 del Código civil establece que los tres requisitos para la validez de un contrato son: el consentimiento, el objeto y la causa, de forma que un vicio —externo o interno— que afecte a alguno —o algunos— de estos elementos, puede invalidarlo, total o parcialmente. Ahora bien, del estudio de los artículos que regulan los vicios de los contratos se desprende que, para que estos produzcan su anulación o nulidad, deben afectar de manera «sustancial» al propio contrato⁷.

Y es que, esto último está estrechamente relacionado con la cláusula *rebus sic stantibus*, que surge como mecanismo reparador de un contrato que ha quedado «viciado» o enfermo⁸ en su configuración interna por motivos externos y ajenos a las partes. Esto es así, porque la alteración de las circunstancias sobrevenida, imprevisible, que cause una desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes, exigida por el Tribunal Supremo, afecta a los elementos esenciales del contrato⁹.

Sentado lo anterior, no podíamos dejar de citar el denominado principio de equivalencia prestacional o conmutatividad del contrato, que establece la necesaria existencia de un equilibrio entre las prestaciones de las partes, y que se ha enunciado frecuentemente en resoluciones relativas a litigios sobre la aplicación de la teoría *rebus sic stantibus*.

Este principio se ha entendido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como principio general del derecho, e incluso «como una regla de la economía contractual que justifica, *ab initio*, la posibilidad de desarrollo de figuras como la cláusula *rebus sic stantibus*»; esto es, como justificación de la existencia de la cláusula¹⁰.

En definitiva, «es claro que tanto la aplicación de la implícita cláusula *rebus sic stantibus et aliquo novo non emergentibus*, como por la de la teoría más subjetiva de la quiebra o desaparición de la base del negocio, como la de la equivalencia de las prestaciones o de la equidad al amparo del artículo 3.2 del Código civil, no son sino distintos mecanismos que la jurisprudencia y la técnica doctrinal utilizan para enmendar el pretendido desequilibrio producido en el cumplimiento del contrato a lo largo del tiempo en que, en forma continuada, haya de producirse»¹¹. Una vez más en Derecho, la dificultad consiste en encontrar el equilibrio entre la rigidez; necesaria para garantizar la seguridad jurídica, y la flexibilidad del sistema; necesaria para garantizar la aplicación correcta y justa del derecho a cada caso concreto.

III. REQUISITOS DE APLICACIÓN DE LA «REBUS SIC STANTIBUS»

No es ninguna novedad que la cláusula *rebus sic stantibus et aliquo novo non emergentibus* ha sido concebida desde el inicio, como una cláusula «peligrosa», lo que ha justificado su aplicación restrictiva.

Fue en el año 1957¹² cuando el Tribunal Supremo estableció por primera vez los tres requisitos básicos de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, ya conocidos por la doctrina¹³:

1. Alteración de las circunstancias. Nuestro alto tribunal ha señalado en varias sentencias¹⁴ que, para la aplicación de la cláusula, es necesario que dicha alteración se produzca en el momento de cumplirse el contrato, con relación al momento en que se perfeccionó, así pues, ha de producirse durante su ejecución. Este matiz permitirá distinguir si nos encontramos ante un vicio del contrato que determine su nulidad o anulabilidad, por existir desde el momento mismo de su perfección, o si se trata de una circunstancia que vicie o imposibilite dicho contrato con carácter posterior.

2. Desequilibrio entre las partes. Este requisito (onerosidad) se ha explicado como «una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las pretensiones de las partes contratantes que, verdaderamente derrumben el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones»¹⁵ de forma que «la alteración sea tan acusada que aumente extraordinariamente la onerosidad o coste de las prestaciones de una de las partes o bien acabe frustrando el propio fin del contrato»¹⁶.

Es en este punto en el que se pone de manifiesto la evidente conexión entre la «equivalencia prestacional» o conmutatividad del contrato que se enunciaba en el apartado anterior y la teoría *rebus sic stantibus*, entendiéndose esta como un medio reparador o restaurador del equilibrio entre las prestaciones de las partes¹⁷.

3. Imprevisibilidad. La alteración de las circunstancias ha de ser sobrevenida e imprevisible, tal como se ha señalado repetidamente por la jurisprudencia.

Estos requisitos deben concurrir de manera conjunta con otros que se han ido añadiendo por la jurisprudencia a lo largo del tiempo, cuyo análisis se realiza a continuación.

El Tribunal Supremo ha señalado en varias ocasiones la importancia de la consideración, distribución y asunción de los riesgos en un contrato, pues como es lógico —en relación con el consentimiento como elemento esencial—, no tiene el mismo carácter un contrato en el que se estudian y prevén los riesgos del negocio en cuestión desde el momento mismo de su perfección, que aquel en el que no se prevén —pero pudieron preverse— o bien, no se previeron —sin poder ser previstos—; todo ello en íntima conexión con el requisito de la imprevisibilidad anteriormente expuesto.

A estos efectos, resulta especialmente interesante la Sentencia de 18 de julio de 2019¹⁸, a cuyo tenor: «Si las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza del contrato, tal riesgo era razonablemente previsible, no es posible apreciar la alteración sobrevenida que, por definición, implica la no asunción del riesgo (recientemente Sentencia 5/2019, de 9 de enero). No puede hablarse de alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato (Sentencias 333/2014, de 30 de junio, 64/2015, de 24 de febrero, y 477/2017, de 20 de julio, entre otras)».

En la misma línea se pronuncia la recientísima Sentencia del pasado 6 de marzo¹⁹ en la que expone, en su Fundamento de Derecho Cuarto, que: «es condición necesaria para la aplicación de la regla «*rebus*» la imprevisibilidad del cambio de circunstancias. Si las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza del contrato, tal riesgo era razona-

blemente previsible, no es posible apreciar la alteración sobrevenida que, por definición, implica lo no asunción del riesgo (recientemente Sentencia 5/2019, de 9 de enero). No puede hablarse de alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato (Sentencias 333/2014, de 30 de junio, 64/2015, de 24 de febrero, y 477/2017, de 20 de julio, entre otras).

Asimismo, otro de los requisitos que el Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto en varias ocasiones²⁰ para la aplicación de la cláusula es «que se carezca de otro medio de remediar y salvar el perjuicio»²¹, también conocido como requisito de subsidiariedad.

Por otro lado, la aplicación de la *rebus sic stantibus* a los contratos de tracto sucesivo no se ha cuestionado nunca, siendo más difícil —aunque no imposible— su apreciación en los contratos de tracto único. Sin embargo, la Sentencia del pasado 6 de marzo, anteriormente referida, introdujo la diferenciación entre contratos de larga y corta duración. En dicha resolución, se expone que la alteración de las circunstancias del contrato que «podría generar un supuesto de aplicación de la *rebus sic stantibus* es más probable que se dé en un contrato de larga duración, ordinariamente de tracto sucesivo. Pero no en un supuesto, como el presente, de contrato de corta duración, en el que difícilmente puede acaecer algo extraordinario que afecte a la base del contrato y no quede amparado dentro del riesgo propio de ese contrato». No obstante, esta distinción ha sido criticada (ORDUÑA MORENO, 2020,3) por considerarse carente de «categorización propia»²².

Finalmente, debe mencionarse que el Tribunal Supremo ha incidido en varias ocasiones en la importancia de utilizar el recurso a la cláusula con el fin de modificar el contrato y mantener su vigencia, lo que nos recuerda nuevamente la importancia de considerar el principio de conservación de los contratos, pues al fin y al cabo, se trata de reestablecer el equilibrio entre las prestaciones de las partes²³, siendo «extravagante el recurso a la cláusula *rebus sic stantibus* si hay una frustración total del fin del contrato»²⁴.

IV. LA *REBUS SIC STANTIBUS* Y SU APLICACIÓN EN SITUACIONES DE CRISIS ECONÓMICA. ESPECIAL MENCIÓN A OPERACIONES INMOBILIARIAS

El presente estudio tiene como objeto tratar de anticipar, en la medida de lo posible, la solución que podría aplicarse a los conflictos surgidos —o que puedan surgir— entre partes contratantes, a raíz de la crisis económica derivada de la pandemia mundial surgida por la Covid-19, lo que puede analizarse a través de la jurisprudencia disponible en materia de crisis económica.

Para el desarrollo de esta cuestión, seguimos a REVILLA GIMÉNEZ²⁵, que ha realizado un profundo análisis sobre el tema.

A través de este estudio tenemos conocimiento de algunos casos resueltos por el Tribunal Supremo tras la guerra civil española y la primera guerra mundial (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1940 y de 17 de mayo de 1941, respectivamente) en los que se trató de alegar una alteración de las circunstancias con base en los efectos económicos generados por ambas guerras²⁶ y el Tribunal consideró que no resultaba de aplicación dicha alteración de las circunstancias, por no considerarse algo «totalmente imprevisible».

Sin embargo, en una resolución posterior, de 13 de abril de 1944, sí acepta modificar los términos del contrato por circunstancias acaecidas con posteriori-

dad a este, derivadas de la guerra. Así pues, queda patente que la dificultad de moderar (o modificar) los términos de un contrato cuyo cumplimiento ha devenido tortuoso —o angustioso— para una de las partes, en relación con la otra, existe desde hace muchísimos años, incluso en situación de posguerra.

Con posterioridad, afortunadamente no se encuentra jurisprudencia que haga referencia a ninguna crisis hasta la que vivimos en el año 2008, que se extendió durante años, y a las que se hará referencia a continuación.

En este sentido, no son poco frecuentes las ocasiones en las que el Tribunal Supremo ha señalado que la situación de crisis económica «*per se*» no es suficiente para la aplicación de la cláusula, sino que es necesaria la concurrencia de múltiples factores, analizados en cada caso concreto.

De esta forma, la Sentencia del Tribunal Supremo 644/2012, de 8 de noviembre, cuyo Ponente es D. Francisco Javier ORDUÑA MORENO —gran defensor de la aplicación de esta cláusula, a la que califica como «un respirador vital para la economía española»²⁷— resolvió un caso en el que los deudores firmaron varios contratos de compraventa de inmuebles (suscritos entre los años 2005 y 2007), encontrándose con la dificultad posterior de no poder acceder a la financiación pretendida, lo que se debió, presuntamente, a la crisis económica.

A estos efectos, el Tribunal Supremo afirmó con rotundidad que: «aunque la crisis económica, por sí sola, no permita al comprador desistir del contrato, no se puede descartar, en términos generales, su posible valoración a través de la aplicación de la regla “*rebus sic stantibus*” (estando así las cosas) cuando de la valoración del conjunto de circunstancias concurrentes, y de la propia configuración jurídica de la regla, se desprenda su posible y correcta aplicación al ámbito de la compraventa de viviendas realmente afectadas por la tipicidad jurídica que se derive de la crisis económica». Lo sorprendente del caso es que ninguna de las partes alegó la cláusula *rebus sic stantibus*, sino que fue el propio magistrado quien introdujo esta posibilidad.

Posteriormente, la Sentencia 820/2013, de 17 de enero, resolvió un caso similar de compraventa de vivienda en el que, con carácter posterior al otorgamiento de la escritura pública, los deudores no acceden a la financiación solicitada para el pago del precio (entendida esta como circunstancia sobrevenida al contrato) y solicitan la resolución del contrato, señalando la crisis económica como causante de la imposibilidad de acceder a financiación. En esta ocasión, el Tribunal Supremo les condenó a su cumplimiento, desestimando su pretensión. No obstante, debe tenerse en cuenta que en la citada resolución se confirma la doctrina asentada anteriormente, que sostiene que la crisis por sí misma no puede ser considerada como impedimento para la realización de un contrato, mediante la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, pues: «la posible aplicación de la regla *rebus sic stantibus* a compraventas de viviendas afectadas por la crisis económica no puede fundarse en el solo hecho de la crisis y las consiguientes dificultades de financiación, sino que requerirá valorar un conjunto de factores, necesitados de prueba»²⁸.

Asimismo, continúa diciendo que, además de los factores señalados, deben apreciarse «las posibilidades de negociación de las condiciones de pago con el vendedor y, por tanto, de mantener el contrato como alternativa preferible a su ineficacia», aplicando por tanto el «*favor contractus*» expuesto al principio de este trabajo.

En cualquier caso, del análisis de la Sentencia señalada se desprende que lo determinante es la fecha de firma del contrato, que en este supuesto se produjo a finales de abril de 2008, cuando la situación de crisis económica ya se había puesto de manifiesto.

Sin embargo, en abril del mismo año, en un litigio entre sociedades²⁹, se planteó la resolución del contrato de compraventa de una vivienda, por no haber mantenido la parte vendedora la financiación ofrecida a través de la subrogación del adquirente en el préstamo hipotecario, habiéndose suscrito dicho contrato por las partes en el año 2006.

A los efectos que interesan para el presente análisis, en esta resolución, la crisis económica fue calificada como hecho notorio³⁰, estimando el Tribunal Supremo la pretensión de resolver el contrato, en base a las teorías de la base del negocio y *rebus sic stantibus*, identificando al mayor perjudicado por el desequilibrio en las prestaciones (parte compradora) afirmándose lo siguiente: «separadas ambas cuestiones, pueden parecer que no da lugar a la resolución del contrato, como han entendido las sentencias de instancia. Pero puestas en relación una y otra, es claro que el comprador ha quedado sin posibilidad material (económica) de adquirir el objeto de la compraventa, por lo que demanda su resolución. Resolución que procede acordar, aplicando la doctrina de la base del negocio, a que ya aludieron, especialmente en relación con la cláusula *rebus sic stantibus*, las sentencias de 14 de diciembre de 1940, 14 de junio de 1943, 30 de junio de 1948, 12 de junio de 1956, 23 de noviembre de 1962; esta última rechaza la aplicación de aquella cláusula y toma en consideración el desequilibrio entre las prestaciones en cuanto «afectando a la base del negocio»³¹.

No ocurre lo mismo en una Sentencia posterior, de 13 de julio de 2017³² que deniega la aplicación de la cláusula en los casos en los que el deudor alega imposibilidad de financiación para el pago del precio de la compraventa del inmueble pactada, señalando que: «para que la falta de acceso a la financiación pudiera valorarse como una alteración imprevisible de las circunstancias existentes en el momento de contratar y justificara una resolución liberatoria del deudor, sería preciso acreditar la imposibilidad imprevisible de financiación, sin que resulte suficiente alegar las dificultades subjetivas de financiación del comprador».

Tal y como se decía anteriormente, si se pretende la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a situaciones de crisis económica, además de la concurrencia de diversos factores —y los propios requisitos de aplicación de la cláusula— es esencial la fecha de celebración del contrato, de forma que: «si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar, siempre que concurren en cada caso concreto otros requisitos como aquellos a los que más adelante se hará referencia, una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las correspondientes prestaciones de las partes, elementos que la jurisprudencia considera imprescindibles para la aplicación de dicha regla (SSTS de 27 de junio de 1984, 17 de mayo de 1986, 21 de febrero de 1990 y 1 de marzo de 2007) sin olvidar la valoración de otros factores, como los expuestos en la Sentencia anteriormente analizada de 17 de enero de 2013»³³.

Por otro lado, en materia de arrendamientos, resulta particularmente interesante el caso resuelto por la Sentencia de 15 de octubre de 2014³⁴ en el que, entre otras pretensiones, una cadena hotelera solicita la modificación de un contrato de arrendamiento suscrito en el año 1999, en el sentido de reducir la renta de forma proporcional al impacto producido por la crisis económica en sus beneficios. En esta resolución, el Tribunal estima procedente la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, con la consiguiente modificación de la renta pactada en el contrato de arrendamiento. En este sentido, el Tribunal afirma lo siguiente: «la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar

un grave trastorno o mutación de las circunstancias» y argumenta (en relación a la consideración de la crisis económica como un fenómeno cíclico, previsible, y por tanto, excluyente para la aplicación de la cláusula que ya habían determinado otras resoluciones) que «la nota de imprevisibilidad no debe apreciarse respecto de una abstracta posibilidad de producción de la alteración o circunstancia determinante del cambio considerada en sí mismo, esto es, que la crisis económica es una circunstancia cíclica que hay que prever siempre, con independencia de las peculiares características y alcance de la misma en el contexto económico y negocial en el que incide» así como que la asignación del riesgo no puede caer «solo en la esfera de control de la parte en desventaja».

Sin embargo, posteriormente, en un supuesto de hecho similar al anterior, resuelto en la Sentencia 19/2019, de 15 de enero de 2019, no se admite la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* invocada por una de las partes (cadena hotelera), que igualmente solicita, en base a la crisis económica, la reducción de la renta en el arrendamiento del hotel. Debe tenerse en cuenta que en este caso estaba prevista contractualmente la variación de la renta anual a pagar, en función de las ventas o beneficios obtenidos por la cadena hotelera, y es precisamente esta fórmula contractual la que determina que el Tribunal Supremo no aplique la teoría *rebus sic stantibus*³⁵.

Adicionalmente, la jurisprudencia no ha estimado procedente la aplicación de la teoría a operaciones inmobiliarias en las que existe finalidad especulativa, al entender que en este tipo de operaciones el riesgo que se asume por las partes es mayor³⁶. Así lo dispuso la Sentencia 227/2015, de 30 de abril de 2015³⁷, en la que se establece que: «No es admisible en Derecho que el recurrente pretenda, tras haberse beneficiado de la espiral en la subida del precio de la vivienda que le permitió obtener importantes ganancias mediante operaciones especulativas, que sea el promotor inmobiliario quien cargue con las pérdidas cuando tal espiral se ha invertido y los precios, tal como subieron, han bajado».

Finalmente, la Sentencia 64/2015, de 24 de febrero del Tribunal Supremo descartó la aplicación de la cláusula al caso enjuiciado, en el que una de las partes compró varias fincas rústicas en el año 2006 con el objetivo de desarrollo urbanístico, y a consecuencia de la crisis económica este no se produjo.

En consecuencia, cabe concluir que, en situaciones derivadas de crisis económica, para aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* debemos considerar que hasta la fecha, el Tribunal Supremo ha señalado que la crisis por sí misma no es causa suficiente, siendo especialmente relevante la fecha en la que se firmó el contrato —para valorar si la crisis era conocida por las partes en ese momento, o tuvo lugar posteriormente— e imprescindible la concurrencia de todos los requisitos estudiados: alteración sobrevenida de las circunstancias, imprevisible, que produzca una desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes, produciendo con ello un desequilibrio contractual palpable, que se carezca de otro remedio o recurso al que acudir para repararlo, que el contrato, de tracto sucesivo —o excepcionalmente, de tracto único— esté ejecutándose, y que se pretendan efectos modificativos³⁸ a través de su aplicación, cautelosa, en cualquier caso.

V. *REBUS SIC STANTIBUS* Y CRISIS DE LA COVID-19

Son muchos los autores que han planteado la posibilidad de restaurar el equilibrio de los contratos afectados por la crisis económica derivada de la Covid-19 mediante la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*³⁹.

Desde un punto de vista general, parece haber consenso en la posibilidad de utilizar la aplicación de la cláusula a esta situación tan particular, aunque si bien, se han planteado otras opciones —especialmente en materia de arrendamientos— que abogan por la no utilización de la cláusula, y la aplicación analógica de otros preceptos como por ejemplo, el artículo 1575 del Código civil— para la rebaja de la renta en caso fortuito extraordinario⁴⁰, o el artículo 26 de la Ley de Arrendamientos Urbanos⁴¹ relativo a la suspensión de los contratos de arrendamiento en caso de inhabilitación de la vivienda⁴².

La realidad es que prácticamente no ha dado tiempo a la resolución de litigios en los que se haya solicitado la aplicación de la cláusula, en el sentido de considerar la crisis económica derivada del Covid-19 como la alteración sobrevenida, e imprevisible, que causa —o ha causado— un desequilibrio del contrato en su fase de cumplimiento.

Sin embargo, algo de luz arroja el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 60 de Madrid, de 30 de abril de 2020⁴³, que resuelve un caso en el que un grupo siderúrgico español solicita, en atención a la imposibilidad de cumplir con las obligaciones de un préstamo formalizado en octubre del año 2017, derivada de la crisis del Covid-19 (en este supuesto ocasionada por la paralización y posterior reducción de la producción) las siguientes medidas cautelares: suspensión de los vencimientos del préstamo, suspensión del cumplimiento de los ratios financieros pactados, y prohibición de que la parte demandada (prestamista) resuelva el contrato, solicite su reembolso, y ejecute las garantías del préstamo.

El Juzgado, ante la pretensión de aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*, acoge la doctrina anterior sobre su aplicación en situaciones de crisis económica —expuesta en este trabajo— afirmando que tal y «como señala el Auto del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2015, no basta con invocar genéricamente su aplicación, sino que es preciso aportar una justificación concreta de los presupuestos que se enuncian y determinan su aplicación al caso concreto, lo que requiere acreditar, en qué se traduce la mayor onerosidad del contrato, por la alteración extraordinaria de las circunstancias con motivo la crisis económica». De esta forma, estima las tres medidas cautelares solicitadas, pues «de manera indiciaria y sin prejuzgar el fondo del asunto se dan todos los requisitos para aplicar la citada regla», pues «es notorio que la crisis derivada de la actual pandemia no era previsible. También que se trata de una situación que como hemos visto ha afectado de manera intensa a la situación económica de la parte actora».

En el mismo sentido se ha pronunciado el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Valencia⁴⁴ el pasado 25 de junio, en el que resuelve la medida cautelar solicitada por una empresa de hostelería, consistente en el aplazamiento de un 50% de la renta mínima mensual pactada en el año 2017 para un arrendamiento de industria.

La parte demandante (hostelera) alega la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en base a las pérdidas —y carencia de ingresos sufridos a raíz la crisis ocasionada por la Covid-19—, mientras que la parte demandada (arrendatario) señala que el riesgo ya estaba previsto al haberse pactado una renta mínima mensual. A estos efectos, el Juzgado sostiene que «en cualquiera de los casos, en ningún momento, al tiempo de contratar, previó o pudo prever, en orden a tal asunción, tal riesgo generado por una pandemia mundial de la magnitud y virulencia generada, con confinamiento general de las personas», estimando parcialmente la demanda⁴⁵.

Consecuentemente, de cara al incremento de demandas en la jurisdicción civil que, casi con toda seguridad se producirá en los próximos meses⁴⁶, podemos pensar que la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* tendrá lugar en más de una ocasión. Ahora bien, no debe perderse de vista que las últimas resoluciones analizadas se pronuncian sobre la solicitud de medidas cautelares, y no sobre el fondo del asunto. Tampoco debemos olvidar que, para la aplicación de la cláusula, será necesaria la concurrencia de los requisitos estudiados y el análisis de las circunstancias de cada caso concreto, pues no cabe esperar en ningún caso que se aplique de forma generalizada, convirtiéndose en «un incentivo para incumplimientos meramente oportunistas»⁴⁷.

VI. CONCLUSIONES

I. La cláusula *rebus sic stantibus*, de elaboración jurisprudencial, requiere, para su aplicación, la concurrencia de una alteración sobrevenida e imprevisible de las circunstancias, de tal magnitud que provoque una desproporción exorbitante de las prestaciones entre las partes, respecto de un contrato —generalmente de tracto sucesivo— que esté ejecutándose, siempre que no exista otro remedio, y que los efectos perseguidos mediante su invocación sean modificativos y no resolutivos.

II. A raíz de la pandemia mundial generada por la Covid-19, la aplicabilidad de esta cláusula vuelve a ponerse en el punto de mira de los juristas, como remedio para solucionar muchos de los conflictos surgidos en estos meses, siendo necesario su análisis desde el estudio concreto de la jurisprudencia que la ha aplicado en una crisis económica anterior.

III. De la revisión jurisprudencial existente en la materia, enfocada a las operaciones inmobiliarias, se desprende que, una crisis económica por sí misma no es motivo suficiente que justifique la aplicación de la cláusula, pues deberán concurrir los requisitos expuestos, y analizar cada caso concreto, siendo especialmente relevante en materia de crisis económica la fecha de celebración del contrato, pues de las resoluciones analizadas parece entenderse que probablemente, en un contrato que se formalice en fecha posterior a la manifestación de esta crisis —ya calificada como hecho notorio— difícilmente podrá alegarse la imprevisibilidad que requiere la cláusula.

IV. Por ello, es imposible determinar con seguridad que la crisis económica derivada de la pandemia generada por la Covid-19, será apreciada en todos los casos como motivo de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, pero, en atención a las resoluciones analizadas sobre medidas cautelares dictadas hace unos meses, vigente la pandemia, y patente la crisis económica, podemos anticipar que así será en más de una ocasión, siempre atendidas las circunstancias de cada caso concreto.

V. Finalmente, la dificultad de aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* radica en encontrar el equilibrio entre los principios «*pacta sunt servanda*», «*favor contractus*» y «equivalencia prestacional» que se estudiaban en un principio. Por ello, han sido muchos los autores que han defendido la necesidad de su regulación. Sin embargo, también debe tenerse en cuenta que dicha regulación albergaría nuevos peligros, como la posibilidad de que su aplicación se vuelva aún más restrictiva, o bien, que una aplicación más flexible se traduzca en «un incentivo para incumplimientos meramente oportunistas» de alguna de las partes.

VII. ÍNDICE RESOLUCIONES

SENTENCIAS TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 17 de mayo de 1957
- STS de 3 de abril de 1981
- STS de 6 de octubre de 1987
- STS 360/2010, de 1 de junio de 2010
- STS 597/ 2012, de 8 de octubre de 2012
- STS 644/2012, de 8 de noviembre de 2012
- STS 807/2012 de 27 de diciembre de 2012
- STS 827/2012, de 15 de enero de 2013
- STS 820/2013, de 17 de enero de 2013
- STS 309/2013, de 26 de abril de 2013
- STS 514/2013, de 22 de julio de 2013
- STS 333/2014, de 30 de junio de 2014
- STS 591/2014, de 15 de octubre de 2014
- STS 610/2014, de 3 de noviembre de 2014
- STS 64/2015, de 24 de febrero de 2015
- STS 227/2015, de 30 de abril de 2015
- STS 254/2016, de 19 de abril de 2016
- STS 447/2017, de 13 de julio de 2017
- STS 5/2019, de 9 de enero de 2019
- STS 19/2019, de 15 de enero de 2019
- STS 455/2019, de 18 de julio de 2019
- STS 603/2019, de 12 de noviembre de 2019
- STS 156/2020, de 6 de marzo de 2020

AUTOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

- AJPI de Madrid núm. 60 155/2020, 30 de abril de 2020
- AJPI de Valencia núm. 1 256/2020, 25 de junio de 2020

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- CUENA CASAS, M. (2020). Pandemia por coronavirus y contratos de arrendamiento. *El Notario del siglo XXI* [En línea], disponible en <https://www.elnotario.es/opinion/10018-pandemia-por-coronavirus-y-contratos-de-arrendamiento-propuestas-de-solucion>
- GREGORACI, B. (2020). El impacto del Covid-19 en el Derecho de contratos español. *Anuario de Derecho Civil*, núm. LXXIII-II, fasc. II, 455-490.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. (1958). La cláusula *rebus sic stantibus*. Comentario a la Sentencia de 17 de mayo de 1957, *BOE* [En línea], núm. 4, disponible en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1958-40126701275
- FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E. (2017). *Rebus sic stantibus* y crisis económica. Orden público económico versus especulación. *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XXXIII, 63-98.

- LACABA SÁNCHEZ, F. (2020). *Pacta Sunt Servanda versus Rebus sic stantibus*. *Vlex* [En línea], núm. 191, disponible en <https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES/Pacta+Sunt+Servanda+versus+Rebus+sic+Stantibus/WW/vid/843984402>
- ORDUÑA MORENO, F.J. (2020). Cláusula Rebus. STS 156/2020, de 6 de marzo. Distinción entre contratos de «larga y corta duración». Una clasificación carente de rango o de categorización aplicativa: inoportuna y fuera de contexto social. *Vlex* [En línea], núm. 191 disponible en <https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES/>

NOTAS

- ¹ STS 152 de 3 de abril de 1981.
- ² El nuevo precepto modificado, quedaría redactado de la siguiente forma: «Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que esta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si esta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquel pedir su resolución».
- ³ Entre otras, STS 5/2019, de 9 de enero de 2019.
- ⁴ Entre otras, la STS 254/2016, de 19 de abril de 2016.
- ⁵ STS 610/2014, de 3 de noviembre de 2014.
- ⁶ STS 827/2012, de 15 de enero de 2013, citada, entre otras, por jurisprudencia más reciente, como la STS 603/2019, de 12 de noviembre de 2019.
- ⁷ Véase la redacción del artículo 1266 del Código civil.
- ⁸ GREGORACI, B. (2020). El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español. *Anuario de Derecho Civil*, núm. LXXIII-II, fasc. II, 455-490
- ⁹ PARRA LUCÁN, M.A. (2015). Riesgo imprevisible y modificación de los contratos. *Revista Ceflegal* [En línea] núm. 177, disponible en <https://www.civil-mercantil.com/sites/civil-mercantil.com/files/articulo.PDF>
- ¹⁰ STS 333/2014, de 30 de junio de 2014.
- ¹¹ STS de 6 de octubre de 1987.
- ¹² STS de 17 de mayo de 1957.
- ¹³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. (1958) La cláusula *rebus sic stantibus*. Comentario a la Sentencia de 17 de mayo de 1957, *Boe* [En línea], núm. 4, disponible en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1958-40126701275
- ¹⁴ Por todas, la STS 333/2014, de 30 de junio de 2014.
- ¹⁵ https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1958-40126701275 (última consulta 5 de septiembre de 2020)
- ¹⁶ STS 5/2019, de 9 de enero de 2019.
- ¹⁷ STS 591/2014, de 15 de octubre de 2014.
- ¹⁸ STS 455/2019, de 18 de julio de 2019.
- ¹⁹ STS 156/2020, de 6 de marzo de 2020.
- ²⁰ Aunque si bien este no se encuentra expresamente citado en la jurisprudencia más reciente, entendemos que su consideración se entiende implícita en la naturaleza extraordinaria de la propia cláusula.
- ²¹ STS de 6 de octubre de 1987, que cita a su vez otras del alto tribunal enunciando el mismo requisito, de 6 de junio de 1959, 31 de marzo de 1960, 31 de octubre de 1963, 27 de junio de 1984, y 17 de mayo de 1987.
- ²² ORDUÑA MORENO, F.J. (2020). Cláusula Rebus. STS 156/2020, de 6 de marzo. Distinción entre contratos de «larga y corta duración». Una clasificación carente de rango o de categorización aplicativa: inoportuna y fuera de contexto social. *Vlex* [En línea], núm. 191

disponible en <https://app.vlex.com/#search/jurisdictio:ES/Cl%C3%A1usula+Rebus.+STS+156%2F2020%2C+de+6+de+marzo.+Distinci%C3%B3n+entre+contratos+de+%E2%80%9Carga+y+corta+duraci%C3%B3n%E2%80%9D.+Una+clasificaci%C3%B3n+carente+de+rango+o+de+categorizaci%C3%B3n+aplicativa%3A+inoportuna+y+fuera+de+contexto+social/WW/vid/842771774>

²³ STS 591/2014, de 15 de octubre de 2014, y STS 807/2012 de 27 de diciembre de 2012, entre otras.

²⁴ STS 360/2010, de 1 de junio de 2010. Esta doctrina se ha expuesto también en la STS 19/2019, de 15 de enero de 2019.

²⁵ REVILLA GIMÉNEZ, M.I. (2017). Normalización de la cláusula *rebus sic stantibus*. Estudio jurisprudencial. *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 41, 169.

²⁶ En ambos casos la parte demandada basó su incumplimiento en la alteración de la rentabilidad del negocio pactado —tras la subida de los precios de los materiales implicados en su prestación— producida tras los efectos de ambas guerras.

²⁷ <https://confilegal.com/20200510-orduna-la-rebus-sic-stantibus-es-un-respirador-vital-para-la-economia-espanola/> (fecha de consulta: 5 de septiembre de 2020)

²⁸ En dicha resolución, el Tribunal señala algunos de los factores que habrían de valorarse —y probarse— conjuntamente con la situación de crisis económica para aplicar la *rebus sic stantibus*: «el destino de la casa comprada a vivienda habitual o, por el contrario, a segunda residencia o a su venta antes o después del otorgamiento de la escritura pública; la asignación contractual del riesgo de no obtener financiación y el grado de colaboración prometido por el vendedor para obtenerla, distinguiendo entre contratantes que sean profesionales del sector inmobiliario y los que no lo sean; la situación económica del comprador al tiempo de la perfección del contrato y al tiempo de tener que pagar la parte pendiente del precio que esperaba poder financiar; el grado real de imposibilidad de financiación y sus causas concretas añadidas a la crisis económica general, debiéndose valorar también, en su caso, las condiciones impuestas por las entidades de crédito para conceder financiación».

²⁹ STS 309/2013, de 26 de abril de 2013.

³⁰ Fundamento de Derecho Tercero de la citada resolución.

³¹ Nótese que en algunos casos se admite la resolución contractual, lo que parece ser contrario a la naturaleza restaurativa o modificativa, implícita a la cláusula *rebus sic stantibus* que se aprecia en otras resoluciones (tanto anteriores como posteriores a las expuestas).

³² STS 447/2017, de 13 de julio de 2017.

³³ STS 514/2013, de 22 de julio de 2013.

³⁴ STS 591/2014 de 15 de octubre de 2014.

³⁵ Esto es, porque al estar pactado que la renta a pagar se condicionaba a los beneficios obtenidos por el hotel (con la exigencia de una renta mínima) no concurren los requisitos fundamentales de la imprevisibilidad, ni de la onerosidad —pues no se puede apreciar una desproporción exorbitante en las prestaciones de las partes si ya está pactada la fórmula de mantener el equilibrio del contrato—.

³⁶ FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E. (2017). *Rebus sic stantibus* y crisis económica. Orden público económico versus especulación. *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XXXIII, 84.

³⁷ Y en el mismo sentido, la STS 597/2012, de 8 de octubre de 2012 —que no se analiza en este apartado por no referirse expresamente a la crisis económica— merece cita en este punto, pues afirma rotundamente que, al fin y al cabo no se puede pretender «aceptar los beneficios de la especulación» pero repercutir en la otra parte «las pérdidas que se pudieran presentar, lo que es contrario a la buena fe (art. 1258 CC) y viola el artículo 1105 del Código civil».

³⁸ Puesto que, en mi opinión, si lo que se quiere solicitar es la resolución contractual, quizá sea más oportuna la aplicación de la teoría de la base del negocio, atendidas las circunstancias y el caso concreto.

³⁹ ORDUÑA MORENO, J. (2020). La rebus en tiempos de crisis. *Vlex* [En línea], núm.2020, disponible en https://app.vlex.com/#search/jurisdictio:ES+content_type:4/covid+rebus+sic+stantibus/WW/vid/844343899

⁴⁰ CUENA CASAS, M. (2020) Pandemia por coronavirus y contratos de arrendamiento. *El Notario del siglo XXI* [En línea], disponible en <https://www.elnotario.es/opinion/10018-pandemia-por-coronavirus-y-contratos-de-arrendamiento-propuestas-de-solucion>

⁴¹ SÁNCHEZ GARCÍA, J.M. (2020). El Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, y la falta de regulación para los arrendatarios de locales de negocio. *Vlex* [En línea], núm. 191, disponible en <https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES/El+Real+Decreto-ley+11%2F2020%2C+de+31+de+marzo%2C+y+la+falta+de+regulaci%C3%B3n+para+los+arrendatarios+de+locales+de+negocio/WW/vid/842544954>

⁴² También en materia de arrendamientos, existen otros estudios que plantean la imposibilidad de aplicar, ni siquiera analógicamente, la regulación contenida en la Ley de Arrendamientos Urbanos o el Código civil a los contratos afectados por la Covid, (SANDÍN LLORENTE, 2020, 3) basándose en la naturaleza genérica del dinero.

⁴³ AJPI de Madrid núm. 60 155/2020, 30 de abril de 2020.

⁴⁴ AJPI de Valencia núm. 1 256/2020, 25 de junio de 2020.

⁴⁵ En concreto, el Juzgado acordó el establecimiento de la medida cautelar de aplazamiento de la renta desde junio de 2020 hasta el dictado de la Sentencia, y en todo caso, hasta marzo de 2021 —fecha en la que supone que empezará una nueva temporada hotelera—, todo ello condicionado a que se mantengan las circunstancias «actuales» de restricciones de acceso y aforo a turistas.

⁴⁶ LACABA SÁNCHEZ, F. (2020). *Pacta Sunt Servanda versus Rebus sic stantibus*. *Vlex* [En línea], núm. 191, disponible en <https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES/Pacta+Sunt+Servanda+versus+Rebus+sic+Stantibus/WW/vid/843984402>

⁴⁷ STS 19/2019, de 15 de enero de 2019, ya citada en otras ocasiones en este trabajo, que remite a su vez a la doctrina contenida en la STS 237/2015, de 30 de abril de 2015.

1.4. Sucesiones

Droit de suit y sucesión mortis causa: indisponibilidad inter vivos del derecho de participación

Droit de suit and succession mortis causa: unavailability inter vivos of this right

por

M.^a FERNANDA MORETÓN SANZ

*Coordinadora del Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias sociales UNED.
Codirectora del Máster Universitario en investigación en Derecho de la cultura
por la Universidad Carlos III de Madrid y la UNED*

RESUMEN: La Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, deroga la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original. Al tiempo, también produce la abrogación del artículo 24 y la disposición adicional segunda de la Ley de Propiedad Intelectual, y los artículos 1.a) y 2 a 8 del RD 1434/1992, de 27 de noviembre. A los efectos de este estudio, nos interesa la redacción del artículo 24. Derecho de participación. 1. Los autores de obras de arte gráficas o plásticas, tales como los cuadros, collages, pinturas, dibujos, grabados, estampas, litografías, esculturas, tapices, cerámicas, objetos de cristal, fotografías y piezas de vídeo arte, tendrán derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice tras la primera cesión realizada por el autor. Los ejemplares de obras de arte objeto de este derecho que hayan sido realizados por el propio autor o bajo su autoridad se considerarán obras de arte originales. Dichos ejemplares estarán numerados, firmados o debidamente autorizados por el autor. 2. El derecho de participación se reconoce al autor de la obra y a sus derechohabientes tras la muerte o declaración de fallecimiento. Es el derecho de participación, de seguimiento o *droit de suite*. En particular, reconoce a los autores de obras de arte, gráficas o plásticas, el derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa realizada tras la primera cesión realizada por el creador. Este derecho, corresponde el autor y, al resultar intransmisible *inter vivos*, será imputado a sus derechohabientes tras la muerte o declaración de fallecimiento del creador de la obra original.

ABSTRACT: Spanish Law 2/2019, of 1 March, which modifies the revised text of Royal legislative decree 1/1996, dated 12th april, enacting the consolidated text of the intellectual property act, regularizing, removing ambiguities and harmonizing the current legal provisions on the subject, repeals Law 3/2008, of 23 December, on the right of participation for the benefit of the author of an original work of art. For this study, we are interested in the 24 text: 1. The authors of graphic or plastic works of art, such as paintings, collages, drawings, engravings, prints, lithographs, sculptures, tapestries, ceramics, glass objects, photographs and video

art pieces, shall be entitled to receive from the seller a share in the price of any resale of the same after the first assignment made by the author. Copies of works of art which are the subject of this right and which have been made by the author himself or under his authority shall be considered original works of artículo These copies shall be numbered, signed or duly authorised by the author. 2. The right of participation shall be recognized for the author of the work and his or her successors in title after his or her death or declaration of death. It is the right of participation, of follow-up or droit de suite. In particular, it recognizes the authors of graphic or plastic works of art the right to receive from the seller a share in the price of any resale made after the first transfer by the creator. This right belongs to the author and, as it is not transferable inter vivos, it will be attributed to his beneficiaries after the death or declaration of death of the creator of the original work

PALABRAS CLAVES: Derecho de Compensación del artista plástico o gráfico. Transmisión *mortis causa*.

KEY WORDS: *Droit de Suit. Transmission mortis causa.*

SUMARIO: I. PRENOTANDOS DEL *DROIT DE SUIT*, CATEGORIZACIÓN Y ORDENAMIENTO: DEL CONVENIO DE BERNA A LAS TRES REFORMAS DEL ARTÍCULO 24 DE LA LPI ACTUAL SEGÚN LA LEY 2/2019, DE 1 DE MARZO; SU PREVIA DEROGACIÓN POR LA LEY 3/2008, DE 23 DE DICIEMBRE Y EL TEXTO PRIMIGENIO: 1. CONVENIO DE BERNA Y FUNDAMENTOS TÉCNICOS DEL DERECHO DE COMPENSACIÓN DEL AUTOR DE LAS OBRAS GRÁFICAS O PLÁSTICAS. 2. LA LEY 2/2019, DE 1 DE MARZO, POR LA QUE SE MODIFICA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL. 3. LA LEY 3/2008 Y LA DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 24 DEL TRLPI.—II. TUTELA DEL CREADOR DE LA OBRA PLÁSTICA EN LOS SUPUESTOS DE ENAJENACIÓN DE LA CREACIÓN POR EL TITULAR: INTRANSMIBILIDAD *INTER VIVOS* Y DERECHOS DE SUS CAUSAHABIENTES: 1. EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN Y EL MERCADO SECUNDARIO DE LAS OBRAS DE ARTE: LA DOCTRINA Y LA VINCULACIÓN DE ESTE DERECHO DE SEGUIMIENTO CON LOS DERECHOS DE CONTENIDO PATRIMONIAL. 2. LA DEROGADA LEY 3/2008, DE 23 DE DICIEMBRE, RELATIVA AL DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN BENEFICIO DEL AUTOR DE UNA OBRA DE ARTE ORIGINAL. 3. LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO PROPIEDAD ESPECIAL DOTADA DEL DERECHO DE USO Y DISFRUTE: PARTICULARIDADES EN EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN. SAP DE MADRID DE 13 DE MARZO DE 1998.—III. EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN LAS DISTINTAS INSTANCIAS JUDICIALES: SUPUESTOS CONTROVERTIDOS: 1. STJUE DE 15 DE ABRIL DE 2010 Y EL SUJETO TITULAR DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE LA OBRA DE DALÍ: EL ARTÍCULO 6 DE LA DIRECTIVA NO IMPIDE QUE EL DERECHO DE UN ESTADO MIEMBRO ADMITA COMO BENEFICIARIOS DEL MENCIONADO DERECHO ÚNICAMENTE A LOS HEREDEROS FORZOSOS. 2. REPRODUCCIÓN DE LA OBRA ESCULTÓRICA POR ENTIDAD PÚBLICA, SIN AUTORIZACIÓN PARA ELLO: LA SAP DE MADRID DE 22 DE ENERO DE 2010 Y LA INFRACCIÓN DEL DERECHO DE REPRODUCCIÓN DEL AUTOR DE UNA ESCULTURA POR LA ENTREGA DE RÉPLICAS COMO PREMIO AL MEJOR PASADOR DE LA LIGA DE BALONCESTO. 3. SAP BARCELONA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2000: EL ARTÍCULO 348 DEL CÓDIGO CIVIL HACE REFERENCIA, EN TODO CASO, AL DERECHO A GOZAR Y DISPONER DE UNA COSA, QUE EL PROPIETARIO DEL SOPORTE DE LA CREACIÓN INTELECTUAL TIENE SOBRE EL MISMO, DENTRO DE LOS LÍMITES Y DE LAS LIMITACIONES FIJADAS POR LA LEY. 4. SAP DE ALICANTE DE 19 DE DICIEMBRE DE 2006: LA DENOMINADA «REVENTA» PREVISTA EN EL ARTÍCULO 24 TRLPI SE REFIERE A CUALQUIER TRANSMISIÓN A TÍTULO ONEROSO REALIZADA DESPUÉS DE LA PRIMERA CESIÓN (A TÍTULO ONEROSO O GRATUITO) REALIZADA POR EL AUTOR, SIEMPRE QUE LA ENAJENACIÓN SEA EN PÚBLICA SU-

BASTA O EN ESTABLECIMIENTO MERCANTIL O CON LA INTERVENCIÓN DE UN COMERCIANTE O AGENTE MERCANTIL. 5. SAP DE MADRID DE 12 DE FEBRERO DE 2008: EL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN Y LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA REVENTA. 6. SAP DE MADRID DE 19 DE ABRIL DE 2005: EL SUPUESTO DE LA PLURALIDAD DE TITULARES Y LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LAS ENTIDADES DE GESTIÓN.—IV. REFLEXIONES FINALES SOBRE LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO CONJUNTO DE DERECHOS TRANSMISIBLES *MORTIS CAUSA* Y SUS ESPECIALIDADES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. PRENOTANDOS DEL *DROIT DE SUIT*, CATEGORIZACIÓN Y ORDENAMIENTO: DEL CONVENIO DE BERNA A LAS TRES REFORMAS DEL ARTÍCULO 24 DE LA LPI ACTUAL SEGÚN LA LEY 2/2019, DE 1 DE MARZO; SU PREVIA DEROGACIÓN POR LA LEY 3/2008, DE 23 DE DICIEMBRE Y EL TEXTO PRIMIGENIO

1. CONVENIO DE BERNA Y FUNDAMENTOS TÉCNICOS DEL DERECHO DE COMPENSACIÓN DEL AUTOR DE LAS OBRAS GRÁFICAS O PLÁSTICAS

En lo que a nuestra materia afecta, el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas¹, en su artículo 14 ter *Droit de suite sobre las obras de arte y los manuscritos*: 1. *Derecho a obtener una participación en las reventas*; 2. *Legislación aplicable*; 3. *Procedimiento*², declara:

1. En lo que concierne a las obras de arte originales y a los manuscritos originales de escritores y compositores, el autor —o, después de su muerte, las personas o instituciones a las que la legislación nacional confiera derechos— gozarán del derecho inalienable a obtener una participación en las ventas de la obra posteriores a la primera cesión operada por el autor.

2. La protección prevista en el párrafo anterior no será exigible en los países de la Unión mientras la legislación nacional del autor no admita esta protección y en la medida en que la permita la legislación del país en que esta protección sea reclamada.

3. Las legislaciones nacionales determinarán las modalidades de la percepción y el monto a percibir.

Nos hallamos, por tanto, en los dominios y categorización de las creaciones científicas, artísticas o literarias como Propiedades especiales, en tanto en cuanto recaen sobre bienes calificados de inmateriales y duración determinada. Categoría esta de Derecho especial, singularizadas en lo que al reconocimiento de la autoría de la obra o su integridad se refiere³. Refrendamos *ab initio*, las nociones de titularidad, dominio, propiedad y, como tal, derecho real, dotado del uso y disfrute del bien inmaterial y, a su vez, sobre su materialización y sus distintas manifestaciones jurídicas con contenido patrimonial.

En las obras plásticas se evidencia de forma prístina, esta doble titularidad dominical, compartida —si se me permite la licencia— entre el autor de la obra sujeto activo de la propiedad intelectual por el hecho de su creación, y por el titular del soporte material en que se ha plasmado dicha creación artística. Esta particularidad recién escenificada entre autor y propietario del soporte de la creación, la reintegra a los dominios de las propiedades especiales, cuya duplicidad de titulares, la del creador que ostenta de forma perpetua la titularidad intelectual de la creación, y la del titular del soporte, genera a su vez, ciertos derechos y facultades de ambos que pueden entrar en conflicto.

De este modo, el titular del soporte material de la obra podrá enajenar la obra plástica, en el ejercicio de las facultades, potestades y derechos que le incumben como propietario. Este es el momento transmisivo en que el derecho de participación del autor de la creación artística nace, siempre que se den las condiciones fijadas en la norma reguladora⁴.

Sin pecar de hiperbólico, todo derecho que se precie en la agitada vida normativa de la construcción de la Propiedad inmaterial, ha soportado estoicamente sucesivas reformas que han sacudido en ocasiones sus fundamentos, han modificado cual objeto sometido a un oscilante péndulo su configuración técnica o, como en el caso que revisaremos, ha pasado de formar parte de la Ley general, a ser objeto de una especial, para volver, quizás hasta el momento de redactar estas líneas, al sistema global de los Derechos de autor.

2. LA LEY 2/2019, DE 1 DE MARZO, POR LA QUE SE MODIFICA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Este Derecho de participación, se reincorpora gracias a la Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, —aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017—, que deroga la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, Ley de 2008 que abrogó, a nuestros efectos, el artículo 24 y la disposición adicional segunda de la Ley de Propiedad Intelectual, y los artículos 1.a) y 2 a 8 del Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre.

A los efectos de este estudio, nos interesa la redacción del ya epigrafiado artículo 24, en su redacción vigente, sin que a estos efectos obste que, el asunto principal relativo a su transmisión *mortis causa*, perviva incólume, pese a la fundamental inclusión de los autores de las obras gráficas, hasta entonces entre arrumbados y desatendidos⁵.

Apréciese la redacción de los dos primeros puntos del reiterado precepto: *«Derecho de participación*. 1. Los autores de obras de arte gráficas o plásticas, tales como los cuadros, collages, pinturas, dibujos, grabados, estampas, litografías, esculturas, tapices, cerámicas, objetos de cristal, fotografías y piezas de vídeo arte, tendrán derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice tras la primera cesión realizada por el autor. Los ejemplares de obras de arte objeto de este derecho que hayan sido realizados por el propio autor o bajo su autoridad se considerarán obras de arte originales. Dichos ejemplares estarán numerados, firmados o debidamente autorizados por el autor. 2. *El derecho de participación se reconoce al autor de la obra y a sus derechohabientes tras la muerte o declaración de fallecimiento*». *Precepto cuyo tenor literal es suficiente transcribir, a los efectos de este estudio*»⁶.

3. LA LEY 3/2008 Y LA DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 24 DEL TRLPI

El abrogado artículo primero de la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original,

especificaba cuál era el contenido de este derecho de participación, de seguimiento o *droit de suite*, como es generalmente denominado.

En particular, reconocía a los autores de obras de arte gráficas o plásticas, el derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa realizada tras la primera cesión realizada por el creador. Este derecho, corresponde al autor y, al resultar intransmisible *inter vivos*, será imputado a sus derechohabientes tras la muerte o declaración de fallecimiento del creador de la obra original.

En este punto, hemos de tener en cuenta que de conformidad al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, se trata de derecho inalienable a obtener una participación en las ventas de la obra. Derecho a percibir dichas cantidades por el autor o, para después de su fallecimiento, las personas o instituciones a las que cada ordenamiento específico impute dichas cantidades.

La finalidad de la reforma abordada en el año 2008, no era otra que la necesaria adaptación de la regulación del derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, a lo dispuesto por la Directiva 2001/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001.

En su virtud, se promulgaría la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, que a su vez deroga el que fuera otrora artículo 24⁷ y la disposición adicional segunda del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual 1/1996⁸, al tratarse de contenidos en materia de derecho de participación de los autores de obras de arte plásticas.

II. TUTELA DEL CREADOR DE LA OBRA PLÁSTICA EN LOS SUPUESTOS DE ENAJENACIÓN DE LA CREACIÓN POR EL TITULAR: INTRANSMIBILIDAD *INTER VIVOS* Y DERECHOS DE SUS CAUSAHABIENTES

1. EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN Y EL MERCADO SECUNDARIO DE LAS OBRAS DE ARTE: LA DOCTRINA Y LA VINCULACIÓN DE ESTE DERECHO DE SEGUIMIENTO CON LOS DERECHOS DE CONTENIDO PATRIMONIAL

De conformidad al que fuera proyecto de Ley de propiedad intelectual del año 1986, el Maestro ESPÍN CÁNOVAS naturalizaba el derecho de participación entre las facultades de carácter económico o patrimonial. Declaraba al respecto que «comprendidas en la propiedad intelectual integran el derecho de explotación que corresponde de modo exclusivo al autor y se ejercitan por medio de la reproducción de la obra, de su representación pública y su transformación, a cuyas facultades hay que agregar el derecho a participar en el precio de la reventa de objetos en que se materialice la propiedad intelectual de las obras de arte»⁹.

En este punto, CASAS VALLES, certeramente advierte: «El *droit de suite* ha sido descrito... como el derecho del artista a participar económicamente en el mercado secundario de sus obras. Se trata de una definición deliberadamente amplia e imprecisa. A partir de ella, las opciones son muchas, pudiendo dar lugar a configuraciones legales muy diferentes entre sí. Los parámetros más importantes manejados para esa ulterior definición afectan:

- A los sujetos beneficiados (el autor, sus herederos, la comunidad artística en general, instituciones culturales...);
- al objeto o tipo de obras a las que se aplica el derecho, tanto desde el punto de vista del género al que pertenecen (artes plásticas, artes aplicadas, obras de arquitectura, manuscritos literarios y musicales...) como en

atención a su propia naturaleza (originalidad, carácter único, múltiples hasta cierto número...);

- asimismo, a las condiciones exigidas a la transmisión (onerosidad, realización mediante subasta, carácter público, intervención de profesionales, precio mínimo...);
- y finalmente —destacándose entre estas últimas, hasta convertirse en el rasgo fundamental— a la necesidad o no de que exista plusvalía a favor del transmitente¹⁰.

En cuanto al Profesor OLLERO aseveraba que este «derecho de continuidad» (el «droit de suite» francés) lleva a reconocer al autor, que ya vendió, un «dominio eminente» o «propiedad retenida» sobre su obra, según señala N. PÉREZ SERRANO¹¹, quien, aun reconociendo las «finalidades tan nobles como justas» de tales derechos, teme que puedan dar paso a «infidelidades contractuales» o «constante inseguridad jurídica», lo que aconsejaría indemnizaciones que opongán tasa a «demasías, caprichos» e incumplimientos. De «dominio residual» y «propiedad residual» se hablará en el voto particular del magistrado A. FERNANDEZ RODRÍGUEZ —fundamentos tercero y cuarto— a la sentencia a que nos referimos en la nota siguiente (...). Se ignora con todo ello un principio básico: el comprador adquiere un «derecho de propiedad, solo limitable por la ley o la voluntad de las partes»; principio que la Sentencia del Tribunal Supremo Sala Primera de 9 de diciembre de 1985, que cierra la segunda etapa del caso Pablo SERRANO, considera en vigor por falta de desarrollo legal del Convenio de Berna¹².

Vista la evanescente naturaleza de este derecho de participación, ya que su ejercicio se traduce en una contrapartida por la venta de su obra, corresponde ahora constatar el tránsito y los términos de la legislación vigentes del antiguo artículo 24 del TRLPI, a una ley especial, hasta regresar a los dominios del mencionado Texto, con ocasión de la Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

2. LA DEROGADA LEY 3/2008, DE 23 DE DICIEMBRE, RELATIVA AL DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN BENEFICIO DEL AUTOR DE UNA OBRA DE ARTE ORIGINAL

Como anticipábamos, el derecho de participación de los artistas plásticos en el precio de reventa de sus obras, fue introducido en el Derecho español mediante la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual. La exposición de motivos de la Ley 3/2008, declaraba de forma indeclinable «Concebida como una figura destinada a extender los derechos de explotación del autor de una obra plástica más allá de la primera transmisión, su reconocimiento en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea resultaba muy desigual. La incidencia de las disparidades referidas a la existencia y configuración del derecho de participación en el funcionamiento del mercado interior determinó la adopción de la Directiva 2001/84/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original. Constituye el objeto de esta Ley adaptar la regulación del derecho de participación a lo dispuesto por la Directiva 2001/84/CE»¹³.

Su primer artículo concreta el contenido del derecho de participación y dice: «Los autores de obras de arte gráficas o plásticas, tales como los cuadros, collages, pinturas, dibujos, grabados, estampas, litografías, esculturas, tapices, cerámicas, objetos de cristal, fotografías y piezas de vídeo arte, *tendrán derecho a percibir*

del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice tras la primera cesión realizada por el autor. Los ejemplares de obras de arte objeto de este derecho que hayan sido realizados por el propio autor o bajo su autoridad se considerarán obras de arte originales. Dichos ejemplares estarán numerados, firmados o debidamente autorizados por el autor».

Determinado el contenido, el segundo de sus artículos enumera quiénes son los *Sujetos del derecho*: «1. El derecho de participación se reconoce al autor de la obra y a sus derechohabientes tras la muerte o declaración de fallecimiento»¹⁴.

Por su parte el artículo 3 sobre *Reventas sujetas al derecho de participación*, determina que: 1. El derecho se aplicará a todas las reventas en las que participen, como vendedores, compradores o intermediarios, profesionales del mercado del arte tales como salas de venta, salas de subastas, galerías de arte, marchantes de obras de arte y, en general, cualquier persona física o jurídica que realice habitualmente actividades de intermediación en este mercado. 2. El derecho se aplicará igualmente cuando los profesionales del mercado del arte lleven a cabo las actividades descritas a través de prestadores de servicios de la sociedad de la información, de conformidad con lo establecido en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. 3. Se exceptúan los actos de reventa de la obra que haya sido comprada por una galería de arte directamente al autor, siempre que el período transcurrido entre esta primera adquisición y la reventa no supere tres años y el precio de reventa no exceda de 10.000 euros excluidos impuestos¹⁵.

Por cuanto se refiere a este trabajo, resulta esencial el artículo 6 al concretar sus características, fija que «el derecho de participación es inalienable, irrenunciable, se transmitirá únicamente por sucesión *mortis causa* y se extinguirá transcurridos setenta años a contar desde el 1 de enero del año siguiente a aquel en que se produjo la muerte o la declaración de fallecimiento del autor»¹⁶.

3. LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO PROPIEDAD ESPECIAL DOTADA DEL DERECHO DE USO Y DISFRUTE: PARTICULARIDADES EN EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN. SAP DE MADRID DE 13 DE MARZO DE 1998

De lo dicho se sigue que, en buena lógica, las propiedades especiales estén recogidas, a su vez, en el Libro segundo de nuestro Código civil *De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones*, título IV *De algunas propiedades especiales*, capítulo III *De la propiedad intelectual*. El artículo 428, declara: «El autor de una obra literaria, científica o artística, tiene el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad».

A renglón seguido el artículo 429 del Código civil, teniendo en cuenta la normativa especial existente con carácter previo a la codificación, asevera que «la Ley sobre Propiedad Intelectual determina las personas a quienes pertenece ese derecho, la forma de su ejercicio y el tiempo de su duración. En casos no previstos ni resueltos por dicha ley especial se aplicarán las reglas generales establecidas en este Código sobre la propiedad»¹⁷.

De modo que como aprecia la SAP de Madrid de 13 de marzo de 1998, en consonancia con la doctrina y jurisprudencia que «precisamente lo que caracteriza a la propiedad, y, por tanto, insuprimible de ella, es la plenitud de dominación, ser el derecho que confiera todos los aprovechamientos posibles, todas las posibilidades de actuación sobre el bien de que en cada caso se trate, sin necesidad de enumerarlas y caracterizarlas singularmente».

Sigue la resolución ratificando la vieja doctrina jurisprudencial en los siguientes términos: «Dicha amplitud máxima del contenido de la propiedad intelectual ha sido además reiteradamente afirmada en la Jurisprudencia. Así la Sentencia de 26 de junio de 1912, la Sentencia, también del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1930, y de 4 de abril de 1936. En definitiva, resulta, que la propiedad intelectual que el Código y la Ley especial atribuyen al autor, o a su adquirente, se quiso configurar como concepto *capaz de asegurar al autor todos los aprovechamientos o posibles utilidades derivados del producto de su trabajo*, tanto los ya conocidos en el momento, como aquellos que se preveía “habían de inventarse en el futuro” (art. 1.º del Reglamento). Ya en relación, al estricto término “derecho de explotación”, tanto a juicio de los profesores LACRUZ como de ESCRIBANO, el término “explotar” es, sin ningún género de dudas, equivalente a lo que en el artículo 348 del Código civil, se designa como goce; y comprende por ello, tanto lo que se entiende por “uso” como el “disfrute” del bien en cuestión. Habría que pensar entonces que el énfasis en la “explotación” o ‘goce’ de la obra reside en el aspecto del disfrute (art. 394 CC) es decir, en la imputación al autor o su adquirente, en tanto que titular de la facultad de “explotación” de la obra (art. 428 CC) de los rendimientos y utilidades derivados de dichas actividades de explotación. Por ello, al ser la idea de enajenación incompatible con la de “goce” de un bien; no había previsión en la Ley de 1879 ni en su Reglamento, de la posibilidad de que el autor percibiese los rendimientos derivados de la explotación ajena de su obra conservando su titularidad. En ninguno de los dos textos se regulan los negocios autorizativos o de cesión a terceros de modalidades concretas de utilización de la obra, participando el autor, como sus propietarios, en los beneficios derivados de dicha utilización autorizada por él».

Uno de los precedentes judiciales es la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1913, que ventila un asunto sobre la propiedad literaria vendida, estando ajustado a derecho el negocio de transmisión en virtud de la legislación vigente, por la viuda e hijos de Modesto Lafuente autor de la *Historia General de España*, a una editorial. En el ejercicio de los derechos que el ordenamiento les confería, los titulares de los derechos de explotación, en la escritura de dicha venta los compradores se declaraban subrogados en todos los derechos y obligaciones que pudieran corresponderles a los vendedores¹⁸.

Sin embargo, aquella circunstancia y condición de derecho inmaterial, se traduce en que, al autor o autora de la creación científica, literaria o artística, no se le reconoce en idéntica medida los derechos de goce y disfrute de los titulares de las propiedades ordinarias. Es en la Revolución francesa el momento en el que la Monarquía pierde el control de la impresión, cobrando entidad propia el derecho a la propiedad sobre las obras del intelecto humano y, por ende, el reconocimiento de la libertad de creación y pensamiento.

Siguiendo con el control del privilegio de la impresión y como expone el Prof. ROGEL VIDE «con el transcurso de los años y con todo, el privilegio [de los libreros-impresores titulares del privilegio mediante el cual se les concedía la exclusiva o el monopolio de explotación sobre ciertas obras] se va haciendo impopular, siendo el Estatuto de la Reina Ana de Inglaterra, de 10 de abril de 1710, la primera norma que rompe con el privilegio de los editores, reconociendo el derecho que corresponde a los autores, en cuanto creadores de sus obras. Así, en lugar de que el impresor reciba un monopolio y se encargue de pagar al autor unos honorarios, ocurrirá a la inversa: el titular del monopolio será el autor, quien lo cederá al editor en las condiciones económicas que convengan. De este modo, el Estatuto de la Reina Ana inaugura lo que podría llamarse el ciclo del

derecho positivo de la propiedad intelectual, ciclo que alcanza su consagración en la Francia de la Revolución, en relación con todas las obras del espíritu y no simplemente con las literarias»¹⁹.

En el país galo se cuestionarían estas nuevas tendencias con más intensidad y profundidad que en otras naciones, es la polémica surgida entre Condorcet *Fragments sobre la libertad de prensa* y Diderot *Carta sobre el comercio de librería*, «el primero abogando por el servicio social de las ideas del intelectual, y el segundo por la intrínseca originalidad de las mismas, y por tanto, por la individualización del intelectual»²⁰.

III. EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN LAS DISTINTAS INSTANCIAS JUDICIALES: SUPUESTOS CONTROVERTIDOS

1. STJUE DE 15 DE ABRIL DE 2010 Y EL SUJETO TITULAR DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE LA OBRA DE DALÍ: EL ARTÍCULO 6 DE LA DIRECTIVA NO IMPIDE QUE EL DERECHO DE UN ESTADO MIEMBRO ADMITA COMO BENEFICIARIOS DEL MENCIONADO DERECHO ÚNICAMENTE A LOS HEREDEROS FORZOSOS

Como antes hemos tenido ocasión de constatar, la ahora derogada reforma operada por la Ley 3/2008, para transponer la Directiva, tenía en cuenta los límites y el margen de actuación que cada legislador nacional tenía para regular este derecho de participación. Extremo que, como es evidente, persiste en la nueva redacción dada al artículo 24 según la Ley 2/2019, de 1 de marzo, todo ello bajo la elástica redacción del Convenio de Berna²¹.

En este sentido, en la causa controvertida, el derecho aplicable era el francés en virtud del cual se declaraba que «Tras la muerte del autor, el derecho de participación previsto en el artículo L.122-8 corresponderá a sus herederos, y a su cónyuge en cuanto al usufructo previsto por el artículo L. 123-6, con exclusión de cualquier legatario o causahabiente, durante el año natural en curso y los setenta años siguientes», prescripciones no coincidentes con la regulación nacional por cuanto en ella se determina como sujetos del derecho de participación al autor de la obra y a sus derechohabientes tras la muerte o declaración de fallecimiento.

En la controversia ventilada por la Sentencia de 15 de abril de 2010 (asunto C-518/0831), estaban personados la Fundación Gala-Salvador Dalí y Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP), el Gobierno francés, el español y el italiano además de la Comisión de las Comunidades Europeas. Literalmente el conflicto se representa en estos términos «Esta petición se ha presentado en el marco de un litigio entre la Fundación Gala-Salvador Dalí y Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (en lo sucesivo, VEGAP), por una parte, y por otra parte la Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (en lo sucesivo, ADAGP) así como el Sr. BONET DOMÈNECH, las Sras. BAS DALÍ y DOMÈNECH BIOSCA, el Sr. DOMÈNECH BIOSCA y las Sras. Ana-María BUSQUETS BONET y Mónica BUSQUETS BONET, que son los miembros de la familia del pintor Salvador Dalí, respecto a los importes correspondientes al derecho de participación percibido por las ventas de las obras de arte de este último».

En cuanto a la legitimación del Gobierno español, se justifica como heredero de Dalí, tal y como se recoge Real Decreto 799/1995, de 19 de mayo, por el que se encomienda al Ministerio de Cultura la administración y explotación de los derechos de la propiedad intelectual de titularidad estatal derivados de la obra artística de don Salvador Dalí y Domenech.

Así, declara que, a su vez, «mediante el Real Decreto 185/1989, de 10 de febrero, fue aceptada por el Estado español la herencia dispuesta por don Salvador DALÍ y DOMENECH. El conjunto de los bienes incluidos en dicha herencia, dada su naturaleza artístico-cultural, fueron afectados al Ministerio de Cultura. El artículo 96 de la Ley del Patrimonio del Estado atribuye al Ministerio de Economía y Hacienda la administración y explotación de las propiedades incorporales del Estado, salvo que por Real Decreto se atribuya específicamente el ejercicio de tales competencias a otro Departamento ministerial u Organismo autónomo. Dado que los bienes se encuentran afectados al Ministerio de Cultura, y considerando la especialización competencial de dicho Departamento en materia tanto artístico-cultural como de derechos de la propiedad intelectual, parece oportuno encomendar al mismo Ministerio la administración de los derechos de la obra daliniana. Asimismo, para la correcta administración y explotación de los mencionados derechos, se autoriza a que dicho Departamento, si lo estima oportuno, formalice directamente y con carácter exclusivo y temporal con la Fundación Gala-Salvador Dalí, al amparo de lo establecido en los artículos 31 y 33, en relación con el 96, de la Ley del Patrimonio del Estado, la explotación de la propiedad incorporal de titularidad estatal derivada de la obra del insigne pintor, lo cual viene motivado por la especialización de dicha institución en la obra daliniana, presencia de la Administración del Estado en su Patronato, así como por la flexibilidad y versatilidad de la institución, que permiten prever una adecuada administración y explotación de derechos de tal naturaleza». Pues bien, el Real Decreto «autoriza al ministro de Cultura para, en su caso, otorgar temporalmente, de forma directa y con carácter exclusivo, el ejercicio de las facultades de administración y explotación de los derechos de propiedad intelectual, derivados de la obra artística de don SALVADOR DALÍ y DOMENECH, en favor de la Fundación Gala-Salvador Dalí. La autorización a que se refiere el párrafo anterior se llevará a efecto mediante Orden ministerial a dictar por el ministro de Cultura, previo informe del Ministerio de Economía y Hacienda y de la Intervención General de la Administración del Estado».

Algún tiempo después, el Real Decreto 403/1996, de 1 de marzo, por el que se amplían las competencias encomendadas al Ministerio de Cultura sobre la administración y explotación de los derechos de la propiedad intelectual de titularidad estatal, derivados de la obra artística de don Salvador DALÍ y DOMENECH, recogidas en el Real Decreto 799/1995, de 19 de mayo. En su virtud, y como bien dice en su preámbulo, «el Estado Español fue instituido por don Salvador DALÍ y DOMENECH heredero universal de todos sus bienes, derechos y creaciones artísticas, mediante testamento otorgado el 20 de septiembre de 1982, aceptándose la herencia mediante el Real Decreto 185/1989, de 10 de febrero. Posteriormente, al amparo de lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley del Patrimonio del Estado, se dictó el Real Decreto 799/1995, de 19 de mayo, por el que se encomienda al Ministerio de Cultura la administración y explotación de los derechos de propiedad intelectual de titularidad estatal derivados de la obra artística de don Salvador DALÍ y DOMENECH. El Ministerio de Cultura, mediante Orden ministerial de 25 de julio de 1995, cedió a la fundación "Gala-Salvador Dalí" la administración y explotación de los citados derechos. *Los derechos de propiedad intelectual, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, abarcan tanto los derechos personales y de imagen como los de explotación de la obra artística en cualquiera de sus formas. No obstante, la complejidad que ha adquirido la explotación de tales derechos se acentúa en el caso de la obra de don Salvador Dalí y Domenech, principalmente por su transcendencia universal, dado que se ven afectados por las legislaciones*

de distintos países, lo cual aconseja que se atribuya expresamente al Ministerio de Cultura los derechos de titularidad estatal derivados de la propiedad industrial, de imagen, marcas, patentes, y demás derechos inmateriales derivados de la obra artística de don Salvador Dalí y Domenech de los que es titular el Estado Español, ampliando el Real Decreto 799/1995. Todo ello, sin perjuicio de su posible cesión a la fundación "Gala-Salvador Dalí", lográndose de esta forma la adecuada unidad y eficacia en la gestión, administración y explotación de los derechos derivados de la obra daliniana, con una mayor seguridad jurídica».

Volviendo al asunto judicial, para llegar a su declaración final, el Tribunal de Justicia dice: «Mediante su primera cuestión el tribunal remitente pregunta en sustancia si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2001/84 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición de Derecho interno, como el artículo L. 123-7 del CPI, que reserva el derecho de participación únicamente a los herederos forzosos, con exclusión de los legatarios testamentarios. Con carácter preliminar, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, para interpretar una disposición de Derecho comunitario, debe tenerse en cuenta no solo su tenor literal, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte (véanse las Sentencias de 17 de noviembre de 1983, Merck, 292/82, Rec. 3781, apartado 12; de 14 de octubre de 1999, Adidas, C-223/98, Rec. I-7981, apartado 23; de 7 de junio de 2005, VEMW y otros, C-17/03, Rec. I-4983, apartado 41, y de 10 de septiembre de 2009, Eschig, C-199/08, Rec. I-8295, apartado 38). En este aspecto, hay que observar de entrada que la redacción de la Directiva 2001/84 no contiene ninguna indicación sobre el concepto de "causahabientes" del autor de la obra mencionado en el artículo 6, apartado 1. A falta de toda definición expresa de ese concepto, es preciso examinar los objetivos que impulsaron la adopción de la Directiva 2001/84.27».

A renglón seguido, la sentencia trae a colación la doble finalidad perseguida por la Directiva 2001/84, «a saber, como resulta de sus considerandos tercero y cuarto, *garantizar a los autores de obras de arte gráficas y plásticas una participación económica en el éxito de sus obras*, por una parte. Se trata por otra parte, como precisan los considerandos noveno y décimo de la misma Directiva, de *poner fin a las distorsiones de la competencia en el mercado del arte, ya que el pago de un derecho de participación en algunos Estados miembros puede llevar a desplazar las ventas de obras de arte a los Estados miembros en los que no se aplica ese derecho*. El primer objetivo pretende asegurar cierto nivel de remuneración a los artistas. Por esa razón el derecho de participación se define como inalienable e irrenunciable, incluso por adelantado, conforme al artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/84. Pues bien, no se advierte que la realización de ese primer objetivo resulte perjudicada en absoluto por la atribución del derecho de participación a determinadas categorías de sujetos de derecho con exclusión de otros al fallecer el artista, atribución que tiene carácter accesorio en relación con ese objetivo. En lo que atañe al segundo objetivo, se reveló indispensable prever una armonización que abarcara las obras de arte y las ventas objeto del derecho de participación, así como la base y el porcentaje de este. En efecto, como se desprende claramente del considerando noveno del preámbulo de la Directiva, el legislador de la Unión quiso corregir una situación en la que las ventas de obras de arte se concentraban en los Estados miembros en los que no se aplicaba el derecho de participación, o bien este se aplicaba con un porcentaje inferior al vigente en otros Estados miembros, y ello en perjuicio de los establecimientos de venta en subasta o de los comerciantes de arte establecidos en el territorio de los últimos Estados. Este segundo objetivo explica la elección de la base

jurídica con fundamento en la cual se adoptó la Directiva 2001/84, a saber, el artículo 95 CE. Dicha elección confirma que la adopción de esta se inscribe en el marco de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tienen por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. Por consiguiente, como resulta de los considerandos decimotercero y decimoquinto de la misma Directiva, no es necesario suprimir las diferencias entre las legislaciones nacionales que no pueden perjudicar al funcionamiento del mercado interior, y, para dejar tanto margen de decisión como sea posible a las autoridades nacionales, basta con limitar la armonización a las disposiciones nacionales que influyan más directamente en el funcionamiento del mercado interior».

En definitiva, «este análisis se refuerza por el considerando vigésimo séptimo de la Directiva 2001/84, del que resulta que, si bien el legislador de la Unión ha querido que los derechohabientes del autor disfruten plenamente del derecho de participación a la muerte de este, en cambio, conforme el principio de subsidiariedad, no ha estimado oportuno intervenir por medio de esa Directiva en el Derecho de sucesiones de los Estados miembros, atribuyendo así a cada uno de estos la facultad de definir las categorías de personas que puedan calificarse como causahabientes en su ordenamiento nacional. De lo antes expuesto resulta que, a la luz de los objetivos perseguidos por la Directiva 2001/84, *los Estados miembros disponen de libertad de elección legislativa para determinar las categorías de personas que pueden disfrutar del derecho de participación tras el fallecimiento del autor de una obra de arte*».

A la vista de los anteriores antecedentes, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara: «El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición de Derecho interno, como la controvertida en el litigio principal, que *reserva el beneficio del derecho de participación únicamente a los herederos forzosos del artista, con exclusión de los legatarios testamentarios*. No obstante, a los efectos de la aplicación de la disposición nacional que adapta el Derecho interno al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2001/84, incumbe al tribunal remitente tener debidamente en cuenta todas las reglas pertinentes dirigidas a resolver los conflictos de leyes en materia de atribución sucesoria del derecho de participación».

2. REPRODUCCIÓN DE LA OBRA ESCULTÓRICA POR ENTIDAD PÚBLICA, SIN AUTORIZACIÓN PARA ELLO: LA SAP DE MADRID DE 22 DE ENERO DE 2010 Y LA INFRACCIÓN DEL DERECHO DE REPRODUCCIÓN DEL AUTOR DE UNA ESCULTURA POR LA ENTREGA DE RÉPLICAS COMO PREMIO AL MEJOR PASADOR DE LA LIGA DE BALONCESTO

Se trae a colación esta sentencia toda vez que en ella se ventila la presunta vulneración del derecho de reproducción del autor por la entrega por parte de la entidad demandada de estatuillas como trofeo al mejor pasador de la Liga ACB. En este sentido, la entrega que hizo el autor a un representante de la entidad pública demandada, no otorga ni transmite sus derechos. Es la viuda del autor de una obra escultórica quien demanda a la sociedad estatal de Correos, prosperando en primera instancia sus pretensiones, con la condena a indemnizarla por daños morales y patrimoniales derivados de la infracción de sus derechos de reproducción, distribución y comunicación pública. Interpuesta apelación,

la demandada recurrente logra que se estime parcialmente sus alegaciones y se aprecie que únicamente se ha producido una infracción de los derechos de propiedad intelectual por la reproducción de la escultura, reduciéndose el importe de la indemnización.

Declara el fundamento primero de la resolución judicial. «La representación de doña Flora, en su condición de viuda y legitimada *mortis causa* en los derechos de don Alejandro, formuló demanda contra Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., por infracción de los derechos de propiedad intelectual sobre la obra escultórica ‘El Cartero’ de la que es autor el Sr. Alejandro, en reclamación de la condena de la demandada al pago de 24.000 euros en concepto de reproducción de dos estatuillas de la referida obra y por la distribución y comunicación pública de las mismas, solicitando igualmente la cantidad de 1.500 euros en concepto de daño moral. En esencia, en la demanda se alega que don Alejandro es el autor de la obra escultórica “El Cartero”, adquirida por la entidad Llosemar, S.A. a su autor para su instalación en la vía pública por el Ayuntamiento de Baracaldo (Vizcaya), habiéndose entregado por el autor al representante de Correos en Vizcaya una reproducción a escala de dicha obra en el acto de inauguración tras la colocación de la escultura y que la entidad demandada habría vulnerado los derechos de autor sobre la referida obra por la reproducción de dos estatuillas y su distribución y comunicación pública sin la debida autorización al hacer entrega de las mismas como premio patrocinado por la entidad demandada en las ceremonias de entrega de premios de las finales de la Liga ACB de las temporadas 2003 y 2004 a los mejores pasadores de la liga —Dejan Bodiroga y Sarunas Jasickевичius respectivamente—».

En otro de los fundamentos la sentencia aprecia que dado el tenor literal del artículo 56.1 donde afirma «El adquirente de la propiedad del soporte a que se haya incorporado la obra no tendrá, por este solo título, ningún derecho de explotación sobre esta última», por lo que añade que «sobre este particular ya se ha pronunciado esta Sala en la Sentencia de 25 de marzo de 2008, en un supuesto con cierta identidad al presente, trayendo a colación la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1998, cuando afirma que “la adquisición de una obra plástica no implica la adquisición del derecho de autor o de facultades del mismo sobre esa obra. Quien compra un cuadro o una escultura no puede reproducirla, ni distribuir copias de la misma, ni comunicarla públicamente ni transformarla o autorizar su transformación”. Entiende la Sala que lo mismo ocurre cuando la adquisición se hace a título gratuito o sin más contraprestación que el pago de los costes de elaboración material de la obra, sin que pueda suponer que se cedieron a esta todos los derechos de autor sobre tal obra, ni siquiera los derechos de explotación, al entender la Sala que para ello sería necesario pacto expreso o algún acto concluyente inequívocamente significativo de tal cesión, que no se ha producido en el caso de autos, sobre todo si se tiene en cuenta las reticencias con que el ordenamiento jurídico ha contemplado siempre la posibilidad de una enajenación definitiva, perpetua y global de los derechos de autor, incluso si se reducen a su faceta patrimonial, así como la inalienabilidad de los derechos morales de autor. De lo expuesto resulta que lo cedido gratuitamente fue el *corpus mechanicum* de la obra escultórica del actor. Este *corpus mechanicum* adquirido por la demandada, como recuerda la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2000 es menos que los derechos de explotación sobre tales obras, y menos aún que el *corpus mysticum* que supondría la totalidad de los derechos de autor sobre las mismas, que engloba no solo los derechos patrimoniales sino también los morales.

Debe indicarse por tanto que se ha llevado a cabo por la parte demandada la reproducción de la obra escultórica del Sr. Alejandro, puesto que se han hecho copias de tal escultura, extremo no cuestionado por la demandada sin perjuicio de atribuirse el derecho a realizarlas».

Ahora bien, «como también se razonaba en la aludida sentencia, no puede entenderse que haya existido una distribución de la obra en sentido técnico-jurídico por cuanto que en la propiedad intelectual la distribución supone el ofrecimiento del original o de la reproducción de la obra al público, a una pluralidad indeterminada de personas. Por ello, la entrega de reproducciones de la obra a un círculo muy restringido de personas, únicamente los jugadores ganadores de los trofeos, excluye que se haya producido propiamente una distribución ilícita de las obras escultóricas del actor. En cuanto a la comunicación pública, mientras que en otro tipo de obras (por ejemplo, las musicales, cinematográficas o teatrales) esta modalidad de ejercicio del derecho de autor tiene una gran importancia, en el caso de las obras plásticas la comunicación pública suele quedar reducida a la exposición pública de las mismas (art. 20.2.h de la actual ley). La Sala entiende que el hecho de que la entrega de los trofeos en la final de la Liga ACB tenga una amplia cobertura mediática y que resulten emitidos reportajes audiovisuales o publicadas fotografías de los premiados sosteniendo las esculturas entregadas como galardón no es propiamente una exposición pública de las obras, puesto que tales reportajes o fotografías no van dirigidos a la comunicación pública de dichas obras escultóricas, sino que la aparición en los mismos de tales esculturas es un aspecto secundario respecto del personaje ganador del trofeo y del acontecimiento en sí».

3. SAP BARCELONA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2000: EL ARTÍCULO 348 DEL CÓDIGO CIVIL HACE REFERENCIA, EN TODO CASO, AL DERECHO A GOZAR Y DISPONER DE UNA COSA, QUE EL PROPIETARIO DEL SOPORTE DE LA CREACIÓN INTELECTUAL TIENE SOBRE EL MISMO, DENTRO DE LOS LÍMITES Y DE LAS LIMITACIONES FIJADAS POR LA LEY

En el supuesto de autos se reitera alguno de los aspectos que hemos tenido ocasión de mencionar; así, advierte el ponente que «Es característica de la obra plástica única, en cuanto no obtenida con técnicas que permitan una reproducción en serie, la identidad plena entre la creación y el soporte material en que se expresa. Es decir, una indisoluble unión entre el *corpus mysticum* y el *corpus mechanicum*. Ello trae como consecuencia, en los casos en que la titularidad sobre uno y otro no coincidan en el mismo sujeto, la necesidad de organizar la coexistencia de los dos derechos de propiedad concurrentes, ambos reconocidos en el artículo 33 de la Constitución española y declarados compatibles por el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Y, en concreto, la necesidad de determinar en qué medida la existencia de uno limita, extrínsecamente, el contenido del otro»²².

Sigue la resolución diciendo: «El derecho de propiedad no se concibe hoy como una suma de facultades, sino como el más amplio señorío posible sobre la cosa, caracterizado por su abstracción y su elasticidad. El artículo 348 del Código civil hace referencia, en todo caso, al derecho a gozar y disponer de una cosa, que el propietario del soporte de la creación intelectual tiene sobre el mismo, dentro de los límites y de las limitaciones que, aquellos de modo general y estas en cada caso, le sean aplicables. El autor de la obra plástica única conserva, no obstante la enajenación de la cosa material a la que incorporó su creación; ciertas

facultades morales y patrimoniales, integradas en el derecho subjetivo real de que es titular; con la inherencia, reipersecutoriedad y oponibilidad *erga omnes* propias de esa categoría. A. En concreto, en el orden moral, sigue siendo titular de las facultades a exigir respeto a la integridad de la obra —artículo 14.4.º— y de tener acceso al ejemplar único —artículo 14.7.—. B. En el orden patrimonial, el autor conserva la facultad ala exposición pública de la obra, mas solo si hubiera excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación del original; así como la facultad a participar en el precio de determinadas reventas —artículo 24— o *droit de suite*».

4. SAP DE ALICANTE DE 19 DE DICIEMBRE DE 2006: LA DENOMINADA «REVENTA» PREVISTA EN EL ARTÍCULO 24 TRLPI SE REFIERE A CUALQUIER TRANSMISIÓN A TÍTULO ONEROSO REALIZADA DESPUÉS DE LA PRIMERA CESIÓN (A TÍTULO ONEROSO O GRATUITO) REALIZADA POR EL AUTOR, SIEMPRE QUE LA ENAJENACIÓN SEA EN PÚBLICA SUBASTA O EN ESTABLECIMIENTO MERCANTIL O CON LA INTERVENCIÓN DE UN COMERCIANTE O AGENTE MERCANTIL

Reventa es la transmisión a título oneroso que se produce después de la primera transmisión. Transmisión *mortis causa* pro indiviso de Derecho de autor: En el recurso de apelación se impugnan cuatro pronunciamientos contenidos en la Sentencia de instancia, a saber: a) el derecho de las herederas a la participación en el precio de la reventa previsto en el artículo 24 TRLPI; b) la compraventa otorgada el día 10 de diciembre de 1997 (documento número 2 de la demanda) constituye una reventa; c) la condena al pago de los intereses desde la fecha del requerimiento notarial de fecha 25 de octubre de 2000; d) la imposición de las costas causadas en la instancia a la demandada.

Respecto de la primera de las cuestiones apuntadas, hemos de partir del tenor del artículo 56.1 TRLPI: «El adquirente de la propiedad del soporte a que se haya incorporado la obra no tendrá, por este solo título, ningún derecho de explotación sobre esta última». Significa, aplicándolo a las obras plásticas, que el dominio sobre el soporte material a la que se incorpora la obra no legitima, por sí solo, al propietario para el ejercicio de los derechos de explotación, entre cuyas especies se incluye el derecho de participación en el precio de la reventa, previsto en el artículo 24 TRLPI.

En nuestro caso, consta que los propietarios de las obras plásticas que fueron objeto de transmisión mediante la escritura otorgada el día 10 de diciembre de 1997 adquirieron el dominio a título de herencia del causante don Vicente, quien a su vez adquirió el dominio de esas obras plásticas a título de legado en la herencia del autor, don Esteban, conforme al testamento otorgado por este último, de fecha 21 de febrero de 1985 (documento número 11 de la demanda). En ese legado solo se transmitía el dominio de las obras plásticas que pudieran existir en el momento del fallecimiento del testador y que se hallaran en su poder por no haber sido objeto de venta, al igual que los cuadros y objetos de arte que se encontraran en la casa del testador sita en la AVENIDA000 número NUM000 de El Plantío (Madrid). Si el objeto del legado fue el pleno dominio de las obras plásticas del testador, ningunos otros derechos pueden arrogarse los causahabientes del legatario.

En el testamento del autor de las obras plásticas se instituían herederas por terceras partes iguales a su hermana, doña Sofía y a sus sobrinas, hijas de esta, doña María Milagros y doña María Rosa, respecto del «resto de todos sus bienes, derechos y acciones». Quiere decirse con ello que los derechos de propiedad

intelectual sobre las obras plásticas (ente ellos, el derecho a la participación en el precio de la reventa) que son, conforme dispone el artículo 3.1 del TRLPI, independientes, compatibles y acumulables con la propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual, pertenecen pro indiviso a las herederas, las cuales han suscrito el contrato de adhesión de socios con la Entidad Gestora actora (documentos 5 a 10 de la demanda).

Así las cosas, debe confirmarse que correspondía a los vendedores en la compraventa otorgada el día 10 de diciembre de 1997 el dominio sobre el soporte material de las obras plásticas y corresponde a las herederas del autor los derechos de propiedad intelectual sobre esas obras plásticas.

La interpretación pretendida por la apelante sobre la voluntad del testador de que el legado de las obras plásticas llevaba consigo la transmisión de los derechos de propiedad intelectual inherentes a las mismas no concuerda con, de un lado, que el objeto del legado era «el pleno dominio» y «la plena propiedad» de los soportes materiales (cuadros, guaches y objetos de arte) y; de otro lado, con la expresa atribución a las herederas del «resto de todos sus bienes, derechos y acciones».

En la segunda alegación del recurso se impugna que la compraventa celebrada el día 10 de octubre de 1997 pueda ser calificada como «reventa» a los efectos del derecho de participación previsto en el artículo 24 TRLPI porque las dos transmisiones anteriores fueron a título gratuito (legado del autor a favor de don Vicente y posterior adquisición a título de herencia por los que vendieron las obras plásticas el día 10 de octubre de 1997) y porque no puede aplicarse retroactivamente la Directiva 2001/84, de 27 de septiembre.

Hemos de partir de que sobre el conjunto de las obras plásticas denominado «La Colección» se produjeron tres transmisiones: 1) transmisión a título de legado del autor a favor de don Vicente; 2) transmisión a título de herencia a favor de los herederos del legatario; 3) compraventa realizada por los herederos a favor del Ayuntamiento de Alicante de fecha 10 de octubre de 1997 en la que intervino la mercantil demandada como mediadora. Como observamos, las dos primeras transmisiones fueron a título gratuito y, únicamente, la tercera, es a título oneroso.

La Sala comparte la conclusión del Juzgador de instancia sobre que el término «reventa» comprende las ventas posteriores a la primera cesión realizada por el autor pues es la que mejor se adecúa a la finalidad de este derecho consistente en garantizar a los autores de las obras plásticas una participación económica en el éxito de sus obras y se corresponde con el significado que se desprende del artículo 14 del Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas de 9 de septiembre de 1886 («ventas posteriores a la primera cesión operada por el autor») y el artículo 1 de la Directiva 2001/84/CEE, de 27 de septiembre de 2001 («porcentaje sobre el precio de venta obtenido en cualquier reventa de que sea objeto la obra tras la primera cesión realizada por el autor»).

En definitiva, la «reventa» prevista en el artículo 24 TRLPI se refiere a cualquier transmisión a título oneroso realizada después de la primera cesión (a título oneroso o gratuito) realizada por el autor, siempre que la enajenación sea en pública subasta o en establecimiento mercantil o con la intervención de un comerciante o agente mercantil.

Es cierto que esa Directiva no estaba en vigor en el momento de la compraventa, pero es indudable su función interpretativa y, en ningún caso, cabe alegar la falta de aplicación del Convenio de Berna que también mantiene la interpretación anteriormente expuesta.

5. SAP DE MADRID DE 12 DE FEBRERO DE 2008: EL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN Y LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA REVENTA

Sobre este cómputo del plazo de prescripción para el ejercicio de este derecho y, en su caso, la carga de la prueba de la reventa declara la SAP de Madrid, de 12 de febrero de 2008 que «en relación con la excepción de prescripción, debe indicarse que la sentencia apelada razona en su Fundamento de Derecho Segundo que, en aplicación del artículo 24-5 de la Ley de Propiedad Intelectual, el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de 3 años está constituido por la fecha en la que el revendedor comunica a la entidad de gestión el hecho y condiciones de la reventa, por lo que, considerando que en el supuesto analizado nunca llegó a existir esa clase de comunicación, todas las consideraciones que a continuación lleva a cabo la resolución sobre la interrupción del plazo de prescripción son simples reflexiones efectuadas *ex abundantia* (...)».

En cuanto a las obras realmente revendidas y el precio en el que lo fueron, «hay que tener en cuenta que, tratándose de subastas cuya celebración es publicitada a través de catálogos, la entidad de gestión VEGAP, ante el incumplimiento sistemático por parte de la demandada de su obligación legal de notificación, no podía hacer otra cosa, en orden a acreditar la realidad y cuantía de las operaciones, que la que efectivamente hizo, esto es, destacar a un propio ante la sala subastadora con ocasión de cada uno de los eventos anunciados con el fin de que tomase debida nota de lo allí acontecido. A partir de ahí, si el testimonio de la persona destacada por VEGAP no le ofrece a la apelante suficientes garantías de imparcialidad, debería ser ella quien acreditara el destino dado a las obras que asegura no fueron vendidas y el precio en el que se remataron aquellas que sí lo fueron al tener que obrar forzosamente en su poder los medios probatorios capaces de acreditar unos y otros extremos toda vez que, de acuerdo con la denominada teoría de la “facilidad” o de la “cercanía de la fuente probatoria”, que representó en su día un temperamento de origen jurisprudencial al excesivo rigor que en ocasiones representaba la aplicación a ultranza de la norma distributiva del ya derogado artículo 1214 del Código civil, cada parte está obligada a demostrar en el proceso aquellos hechos cuya prueba tiene a su alcance o le resulta próxima o de fácil obtención (STS de 25 de junio de 1987, 29 de octubre de 1987, 18 de noviembre de 1988, 12 de diciembre de 1988, 17 de junio de 1989, 18 de abril de 1990, 23 de octubre de 1991, 15 de noviembre de 1991 y 13 de diciembre de 1992, entre otras). Criterios que recientemente han recibido sanción positiva a través del artículo 217-6 LEC 1/2000».

6. SAP DE MADRID DE 19 DE ABRIL DE 2005: EL SUPUESTO DE LA PLURALIDAD DE TITULARES Y LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LAS ENTIDADES DE GESTIÓN

Ha sido muy controvertida la legitimación activa de entidad de gestión, extremo ya pacífico entre la doctrina y jurisprudencia²³, y, por lo que se refiere a la pluralidad titulares, la sentencia mencionada declara que «el derecho llamado de participación (*droit de suite* en la doctrina francesa) faculta a su titular, que puede ser un artista plástico o su heredero, para recibir del vendedor de una obra plástica una participación del 3 por 100 del precio de la reventa, siempre que la obra esté valorada en más de 300.000 pesetas y que la reventa se realice en pública subasta, en establecimiento mercantil o con la intervención de un comerciante o agente mercantil. Es un derecho especial y autónomo, esencialmente patrimonial, integrado dentro del haz de facultades contenidas en la propiedad intelectual y tiene su fundamento

en una extensión o prolongación de los derechos de explotación del artista más allá de la primera transmisión, con independencia de la revaloración de la obra (que en cualquier caso ordinariamente se produce). Es un derecho irrenunciable, intransmisible por actos inter vivos y temporal, siendo su duración toda la vida del autor y sesenta años más, computados desde el 1 de enero del año siguiente a aquel en que se produjo la muerte o declaración de fallecimiento del autor (...).

Dicho lo cual añade que «no puede olvidarse que aunque la Ley no establece la gestión obligatoria del derecho de participación de los artistas plásticos por las entidades de gestión, no es menos cierto que, dada la multiplicidad de posibles titulares de derechos de participación en reventa (autor, sucesores *mortis causa* hasta 70 años después de la muerte o declaración de fallecimiento del autor), y pudiendo estos ser tanto españoles o extranjeros, el cumplimiento de la obligación de notificación de la reventa a que hace referencia el número 4 del artículo 24 de la Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, resulta muy difícil, sino imposible para el vendedor o revendedor conocer quiénes pueden ser los eventuales titulares de dichos derechos y un domicilio para la notificación, (lo que no puede servir para eximirse del cumplimiento de dicha obligación) por lo que la intervención de la entidad de gestión correspondiente, en este caso VISUAL ENTIDAD DE GESTIÓN DE ARTISTAS PLÁSTICOS (VEGAP), debe considerarse imprescindible»²⁴.

Sigue subrayado el sentenciador que la dificultad de determinar los plurales titulares no exime a la entidad subastadora de la obligación de notificación de la reventa y en particular advierte que «no puede dejar de llamar la atención que la demandada FERNANDO DURÁN, S.A., que en todo momento alude al peligro de doble reclamación para oponerse a la demanda, no haya probado ni intentado probar siquiera que siquiera haya intentado cumplir con su obligación de notificar la subasta pública a los autores o personas eventuales titulares del derecho de participación, por lo que su defensa puramente negativa debe considerarse que tiene como única finalidad eludir el pago de los legítimos derechos de los artistas plásticos o de sus herederos, negándose a reconocer la representación de la actora, todo ello en contra de lo dispuesto por la Ley y de lo que resulta acreditado por la prueba practicada en autos, posición que por ello no puede ser amparada»²⁵.

IV. REFLEXIONES FINALES SOBRE LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO CONJUNTO DE DERECHOS TRANSMISIBLES *MORTIS CAUSA* Y SUS ESPECIALIDADES

I. La asimétrica esencia de la Propiedad Intelectual como propiedad especial, erige al creador científico, literario o artístico, en sujeto titular consustancial de los derechos singulares de este ámbito; y ello, frente a los derechos de goce y disfrute de los titulares de las propiedades ordinarias.

II. La Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se modifica el TRPI y, a mayor abundamiento, deroga la Ley especial del año 2008, reincorpora el Derecho de compensación o *Droit de suite*, a su ordinal precedente. Con todo y al margen de esta cuestión, a nuestros efectos, el asunto principal relativo a su transmisión *mortis causa*, pervive incólume, en su párrafo segundo. Sin embargo, y volviendo al primero de sus puntos, la meritada Ley incluye a las obras gráficas, entre arrumbadas y postergadas. Con todo, una perspectiva adicional, será la legitimación activa, para su defensa, a otras entidades de gestión, cuestión que por ahora escapa de las líneas de este trabajo.

III. Al titular de la creación se le reconocen otros de naturaleza entre evanescente y dudosa, como la compensación equitativa por copia privada o el de participación o *droit de suite* de los autores de obras de artes plásticas y gráficas, previsto en el artículo 24 en favor de los creadores y transmisible únicamente por sucesión *mortis causa*. De modo que el titular es el autor si bien, de forma intransmisible *inter vivos*. En consecuencia, será imputado a sus derechohabientes tras la muerte o declaración de fallecimiento del creador de la obra original.

IV. En definitiva, y como declara el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, se trata de un derecho inalienable a obtener una participación en las ventas de la obra del que resulta titular el autor o, después de su muerte, las personas o instituciones a las que cada legislación nacional confiera este derecho.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE de 15 de abril de 2010
- STS de 26 de junio de 1912
- STS de 26 de junio de 1913
- STS de 4 de octubre de 1930
- STS de 4 de abril de 1936
- STS de 12 de febrero de 1946
- STS de 9 de diciembre de 1985
- STS de 20 de febrero de 1998
- ATS de 7 de diciembre de 2005
- SAP de Alicante de 19 de diciembre de 2006
- SAP de Barcelona de 29 de septiembre de 2000
- SAP de Madrid de 22 de enero de 2010
- SAP de Madrid de 12 de febrero de 2008
- SAP de Madrid de 19 de abril de 2005
- SAP de Madrid de 3 de marzo de 2003
- SAP de Madrid de 9 de julio de 2001

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BALTAR TOJO, Castela y la Ley de Propiedad intelectual de 1879: un curioso incidente legal, *Boletín de ANABAD*, XXIX, 1, 95 a 105.
- BERCOVITZ, G. (1997). *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Madrid.
- BONDÍA ROMÁN (2006). La compraventa de una obra de arte, *Estudios de derecho de obligaciones en Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, Madrid, 199 a 224.
- BROTO PÉREZ, D. (2016). *El droit de suite de los autores de obras de artes plásticas: análisis jurídico y efectos en el mercado del arte*: <http://hdl.handle.net/10803/398004>
- CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.M. (2012). Los beneficiarios del derecho de participación tras el fallecimiento del autor (STJUE de 15 de abril de 2010, caso Fundación Gala-Salvador Dalí), *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 4, núm. 1, 234-244.
- CASAS VALLÈS, R. (1992). Notas al proyecto de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual en relación con el derecho de participación de los artistas plásticos

- (art. 24 Ley Propiedad Intelectual), *Anuario de Derecho Civil*, XLV, enero-marzo de 1992, 155 a 206.
- (2007). Comentario al artículo 24, *Comentarios a la LPI*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R., (Coord.), Madrid, 3.^a ed., 409 a 444.
- CONSEJO DE ESTADO (2017). *Dictamen* 1199/2017.
- CHICO Y ORTIZ (1988). Los aspectos humano, sociológico y jurídico de la propiedad intelectual, *RCDI*, 584, 107 a 131.
- DÍEZ SOTO, C.M. (2017). Algunas cuestiones a propósito del derecho de participación del autor de una obra de arte original sobre el precio de reventa (droit de suite), *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, núm. 2, 209-254.
- ESTEVE PARDO, M.^a A. (Dir.). *Dret Civil*. Universitat de Barcelona.
- ESPÍN ALBA, I. (2015). La transmisión *mortis causa* del derecho de participación en la reventa de obras de artes plásticas, *Estudios de Derecho de sucesiones*, Editorial LA LEY.
- GUTIÉRREZ VICÉN (2007). Comentario al artículo 22, *Comentarios a la LPI*, Madrid, 191 a 204.
- HERNÁNDEZ GIL (1989). Contenido de la sucesión, *Obras completas*, 4, Madrid, 483 a 487.
- LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (1988). *Elementos de Derecho Civil*, V, *Derecho de Sucesiones*, Bosch editor, Barcelona, reimpresión de 1992.
- MACÍA BOBES (2010). *El derecho de participación en la reventa de obras plásticas*, *Diario La Ley*, 7478, Año XXXI.
- MARTÍNEZ ESPÍN (2007). Comentario al artículo 14, *Comentarios a la LPI*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), Madrid, 3.^a ed., 209 a 237.
- MORETÓN SANZ, M.^a F. (2013). Autores de obras de artes plásticas no aplicadas y sucesión *mortis causa* indisponibilidad *inter vivos* del derecho de participación, *RCDI*, 89, 737, 1913-1946.
- (2013). La transmisión *mortis causa* de los derechos de explotación devengados de las creaciones literarias, artísticas y científicas: controversias testamentarias en materia de propiedad intelectual, *RCDI*, 89, 736, 1151-1174.
- OLLERO TASSARA (1988). Derechos del autor y propiedad intelectual. Apuntes de un debate, *Revista de Derecho Político*, 27-28, 113 a 180.
- ORTEGA DOMÉNECH (2002). El resurgimiento europeo del *droit de suite* o derecho de participación en la reventa de obra plástica, *Anuario de propiedad intelectual*, 253 a 334.
- ORTIZ NAVACERRADA y O'CALLAGHAN MUÑOZ (1986). Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1955, sobre derecho moral de autor (Escultura de Pablo Serrano): notas sobre su temática procesal y civil, *Actualidad Civil*, 9, 593 a 614.
- OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN y TORREMANS (2011). Disposiciones transitorias en las leyes sobre Propiedad intelectual: ¿una espada de Damocles para los contratos internacionales?, *Revista de Propiedad Intelectual*, 39, 13 a 36.
- PÉREZ SERRANO (1949). El derecho moral de los autores, *Anuario de Derecho Civil*, II-I, 7 a 27.
- PLAZA PENADÉS (2001). El derecho de participación del artista en la reventa de sus obras (*Droit de Suite*) en la Unión Europea y su repercusión en el derecho español, *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, Martínez-Calcerrada y Gómez (Coord.), 2, 2119 a 2134.
- (2007). Comentario al artículo 14, *Comentarios a la LPI*, Rodríguez Tapia (Dir.), Pamplona, 124 a 143.

- RAMS ALBESA (1990). Comentario a los artículos 42 y 43 de LPI, *Comentarios al Código civil*, Tomo V, Vol. 4.º A (arts. 428 y 429 CC y Ley 28/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual), Edersa, Madrid.
- RIVERO HERNÁNDEZ (1994). Reproducción de la obra plástica, propiedad de museos y colecciones privadas, *RCDI*, 622, 1149 a 1198.
- ROGEL VIDE (1990). Ley 28/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, *Comentarios al Código civil*, Tomo V, Vol. 4.º A (arts. 428 y 429 CC, y Ley 28/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual), Edersa, Madrid.
- ROMERO COLOMA (2000). La protección constitucional de los derechos de los artistas, *Actualidad Administrativa*, LVII, 1113, tomo 3.
- SIEGRIST RIDRUEJO (2004). Derecho de participación y coleccionismo incidencias en la regulación europea del *Droit de suite* sobre el mercado del arte, *Unión Europea Aranzadi*, 31,12, 5 a 13.
- TOBIO RIVAS y GINER PARREÑO (2009). Ley relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, *Derecho de los Negocios*, 222, 57.
- TRIANA LÓPEZ, Reflejo de las especiales características de la obra plástica en los sucesión *mortis causa* del derecho de autor, *Anuario de la Facultad de Derecho*, 27, 2009, 373 a 409.
- VICENTE DOMINGO, *El droit de suite de los artistas plásticos*, Madrid, 2007.

NOTAS

¹ Acta de París del 24 julio de 1971, enmendado el 28 de septiembre de 1979, Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886, completado en París el 4 de mayo de 1896, revisado en Berlín el 13 de noviembre de 1908, completado en Berna el 20 de marzo de 1914 y revisado en Roma el 2 de junio de 1928, en Bruselas el 26 de junio de 1948, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 en París el 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

² Como es sabido, esta intitulación no forma parte del texto, si bien, se incluye a efectos meramente ilustrativos.

³ *Vid.*, artículos 14, 15 y 16 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobada por Ley 22/1987, de 11 noviembre, que regulariza, aclara y armoniza las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

⁴ *Vid.*, en la materia, BERCOVITZ, G., *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Madrid, 1997 y BONDÍA ROMÁN, *La compraventa de una obra de arte*, *Estudios de derecho de obligaciones en Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, Madrid, 2006, 199 a 224.

⁵ Lo cierto es que, de conformidad al Anteproyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por RD Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017, y el Informe evacuado por el Consejo de Estado con fecha de 15 de marzo de 2018, no consta referencia alguna a nuestra materia, sino a la gestión colectiva <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2017-1199> (consultado a octubre de 2020).

⁶ Con todo, para su intelección íntegra, el extenso precepto prosigue declarando: 3. La protección del derecho de participación se reconoce a los autores españoles, a los autores nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, así como a los nacionales de terceros países con residencia habitual en España. Para los autores que sean nacionales de terceros países y no tengan residencia habitual en España, el derecho de participación se reconocerá únicamente cuando la legislación del país de que el autor sea nacional reconozca a su vez el derecho de participación a los autores de los Estados miembros de la Unión Europea y a sus derechohabientes. 4. El derecho se aplicará a todas las reventas en

las que participen, como vendedores, compradores o intermediarios, profesionales del mercado del arte tales como salas de venta, salas de subastas, galerías de arte, marchantes de obras de arte y, en general, cualquier persona física o jurídica que realice habitualmente actividades de intermediación en este mercado. 5. El derecho se aplicará igualmente cuando los profesionales del mercado del arte lleven a cabo las actividades descritas a través de prestadores de servicios de la sociedad de la información, de conformidad con lo establecido en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. 6. Se exceptúan de los apartados 4 y 5 los actos de reventa de la obra que haya sido comprada por una galería de arte directamente al autor, siempre que el período transcurrido entre esta primera adquisición y la reventa no supere tres años y el precio de reventa no exceda de 10.000 euros excluidos impuestos. 7. El derecho de participación de los autores nacerá cuando el precio de la reventa sea igual o superior a 800 euros, excluidos los impuestos, por obra vendida o conjunto concebido con carácter unitario. 8. El importe de la participación que corresponderá a los autores estará en función de los siguientes porcentajes: a) El 4 % de los primeros 50.000 euros del precio de la reventa. b) El 3 % de la parte del precio de la reventa comprendida entre 50.000,01 y 200.000 euros. c) El 1 % de la parte del precio de la reventa comprendida entre 200.000,01 y 350.000 euros. d) El 0,5 % de la parte del precio de la reventa comprendida entre 350.000,01 y 500.000 euros. e) El 0,25 % de la parte del precio de la reventa que exceda de 500.000 euros. En ningún caso el importe total del derecho podrá exceder de 12.500 euros. Los precios de reventa contemplados en este apartado se calcularán sin inclusión del impuesto devengado por la reventa de la obra. 9. El derecho de participación es inalienable, irrenunciable, se transmitirá únicamente por sucesión *mortis causa* y se extinguirá transcurridos setenta años a contar desde el 1 de enero del año siguiente a aquel en que se produjo la muerte o la declaración de fallecimiento del autor. 10. El derecho de participación reconocido en el apartado 1 se hará efectivo a través de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, cuya legitimación será conforme a lo establecido en el artículo 150 de esta ley. Las entidades de gestión deberán actuar de modo eficaz y transparente tanto en la recaudación como en la distribución del derecho, y siempre con pleno respeto a las obligaciones que establecen las normas aplicables. 11. Las entidades de gestión notificarán al titular del derecho cuya gestión haya sido cedida que se ha hecho efectivo el pago a que se refiere el apartado 15 en el plazo máximo de un mes desde que este haya tenido lugar. 12. Las entidades de gestión liquidarán el importe debido al titular, en concepto de derecho de participación, en el plazo máximo de un año a contar desde el momento del pago, salvo que en dicho plazo el titular reclame la liquidación, en cuyo caso esta se efectuará en el mes siguiente a la reclamación. 13. Cuando el derecho de participación se refiera a una obra creada por dos o más autores, su importe se repartirá por partes iguales entre los autores de dicha obra, salvo pacto en contrario. 14. Los profesionales del mercado del arte que hayan intervenido en una reventa sujeta al derecho de participación estarán obligados a: a) Notificar al vendedor, al titular del derecho de participación y a la entidad de gestión correspondiente la reventa efectuada. La notificación se hará por escrito o por otro medio que permita dejar constancia de la remisión y recepción de la notificación en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de la fecha de la reventa y deberá contener en todo caso: i) El lugar y la fecha en la que se efectuó la reventa. ii) El precio íntegro de la enajenación. iii) La documentación acreditativa de la reventa necesaria para la verificación de los datos y la práctica de la correspondiente liquidación. Dicha documentación deberá incluir, al menos, el lugar y la fecha en la que se realizó la reventa, el precio de la misma y los datos identificativos de la obra revendida, así como de los sujetos contratantes, de los intermediarios, en su caso, y del autor de la obra. b) Retener el importe del derecho de participación del autor en el precio de la obra revendida. c) Mantener en depósito gratuito, y sin obligación de pago de intereses, la cantidad retenida hasta la entrega al titular o, en su caso, a la entidad de gestión correspondiente. d) Cuando haya intervenido en la reventa de la obra más de un profesional del mercado del arte, el sujeto obligado a efectuar la operación, tanto en lo referido a la notificación, como la retención, el depósito y el pago del derecho, será el profesional del mercado del arte que haya actuado como vendedor y, en su defecto, el que haya actuado de intermediario. 15. Efectuada la notificación a que se

refiere el apartado a) del apartado 14, los profesionales del mercado del arte harán efectivo el pago del derecho a la entidad de gestión correspondiente o, en su caso, a los titulares del derecho, en un plazo máximo de dos meses. 16. Los profesionales del mercado del arte que intervengan en las reventas sujetas al derecho de participación conforme a los apartados 4 a 6, responderán solidariamente con el vendedor del pago del derecho. 17. Los titulares del derecho de participación o, en su caso, las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual podrán exigir a cualquier profesional del mercado del arte de los mencionados en el apartado 4, durante un plazo de tres años a partir de la fecha de la reventa, la información indicada en la letra a) del apartado 14 que resulte necesaria para calcular el importe del derecho de participación. 18. Los titulares del derecho de participación o, en su caso, las entidades de gestión deberán respetar los principios de confidencialidad o intimidad mercantil en relación con cualquier información que conozcan en el ejercicio de las facultades previstas en la presente ley. 19. La acción de los titulares para hacer efectivo el derecho ante los profesionales del mercado del arte prescribirá a los tres años de la notificación de la reventa. 20. La administración del Fondo de Ayuda a las Bellas Artes corresponde a una Comisión adscrita al Ministerio de Cultura y Deporte, sin perjuicio de su autonomía funcional. Dicha Comisión está presidida por el ministro de Cultura y Deporte o la persona en quien él delegue y estará integrada por representantes de las comunidades autónomas, de los sujetos obligados y de las entidades que gestionan el derecho de participación en la forma en que se determine por vía reglamentaria. 21. Las cantidades percibidas por las entidades de gestión en concepto de derecho de participación no repartidas a sus titulares en el plazo establecido en el apartado 12 por falta de identificación de estos y sobre las que no pese reclamación alguna, deberán ser ingresadas en el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes en el plazo máximo de un año. 22. Las entidades de gestión estarán obligadas a notificar a la Comisión Administradora del Fondo de Ayuda a las Bellas Artes, en el primer trimestre de cada año, la relación de cantidades percibidas por el derecho de participación y los repartos efectuados, así como los motivos que hayan hecho imposible el reparto de las cantidades ingresadas en el Fondo. 23. La Comisión Administradora del Fondo publicará, con carácter anual, un informe sobre la aplicación del derecho de participación. 24. Las comunidades autónomas, de acuerdo con su competencia exclusiva en la materia, gestionarán directa e íntegramente los recursos del Fondo de Ayuda a las Bellas Artes en sus respectivos territorios. Los criterios y mecanismos de reparto deberán, a su vez, acordarse con las Comunidades Autónomas.

⁷ A su vez, aseveraba dicho artículo 24 integrado, como lo hace en la actualidad, en la Sección 3.^a *Otros derechos*. Artículo 24. *Derecho de participación*. 1. Los autores de obras de artes plásticas tendrán derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice en pública subasta, en establecimiento mercantil, o con la intervención de un comerciante o agente mercantil. Se exceptúan de lo dispuesto en el párrafo anterior las obras de artes aplicadas. 2. La mencionada participación de los autores será del 3 por 100 del precio de la reventa, y nacerá el derecho a percibir aquella cuando dicho precio sea igual o superior a 300.000 pesetas por obra vendida o conjunto que pueda tener carácter unitario. 3. El derecho establecido en el apartado 1 de este artículo es irrenunciable, se transmitirá únicamente por sucesión *mortis causa* y se extinguirá transcurridos setenta años a contar desde el 1 de enero del año siguiente a aquel en que se produjo la muerte o la declaración de fallecimiento del autor. 4. Los subastadores, titulares de establecimientos mercantiles, o agentes mercantiles que hayan intervenido en la reventa deberán notificarla a la entidad de gestión correspondiente o, en su caso, al autor o sus derechohabientes, en el plazo de dos meses, y facilitarán la documentación necesaria para la práctica de la correspondiente liquidación. Asimismo, cuando actúen por cuenta o encargo del vendedor, responderán solidariamente con este del pago del derecho, a cuyo efecto retendrán del precio la participación que proceda. En todo caso, se considerarán depositarios del importe de dicha participación. 5. La acción para hacer efectivo el derecho ante los mencionados subastadores, titulares de establecimientos mercantiles, comerciantes y agentes, prescribirá a los tres años de la notificación de la reventa. Transcurrido dicho plazo sin que el importe de la participación del autor hubiera sido objeto de reclamación, se procederá al ingreso del mismo en el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes, que reglamen-

tariamente se establezca y regule [Vid. su comentario GUTIÉRREZ VICÉN, *Comentarios a la LPI*, Rodríguez Tapia (Dir.), Pamplona, 2007, 190 y sigs.].

⁸ La DA 2.^a, concretaba la *Revisión del porcentaje y cuantía del artículo 24.2*. La revisión del porcentaje y de la cuantía a que se refiere el artículo 24.2 de esta Ley, se realizará en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. En su comentario CASAS VALLÈS ya ponía de manifiesto la necesaria transposición de la Directiva [Vid., *Comentarios a la LPI*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R., (Coord.), Madrid, 2007, 3.^a ed., 2200 a 2201].

⁹ «El proyecto de ley de propiedad intelectual de 1986», *Diario La Ley*, 1986, 972.

¹⁰ CASAS VALLÈS, Notas al proyecto de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual en relación con el derecho de participación de los artistas plásticos (art. 24 Ley Propiedad Intelectual), *Anuario de Derecho Civil*, XLV, enero-marzo de 1992, 155 a 206.

¹¹ «—El derecho moral de los autores, *Anuario de Derecho Civil*, 1949 (11-1), 27—».

¹² «Texto y comentario sobre esta sentencia, a la que forzosamente volveremos a aludir, en S. ORTIZ NAVACERRADA y X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1955, sobre derecho moral de autor (Escultura de Pablo Serrano): notas sobre su temática procesal y civil, *Actualidad Civil*, 1986(9), 593-614; el pasaje aludido: 597».

¹³ Pese a que, en líneas generales, la configuración del derecho presenta numerosos rasgos en común con la regulación contenida en la Directiva, se introducen ahora algunos cambios derivados del proceso de armonización comunitaria. En línea con el modelo existente en el ordenamiento español, el derecho se define como la participación en un porcentaje del precio de reventa de la obra, y se aplica ahora a aquellas reventas en las que intervenga un profesional del mercado del arte como comprador, vendedor o intermediario. A la enumeración ejemplificativa contenida en la Directiva, que se refiere a salas de ventas, galerías de arte y marchantes, la regulación española añade las salas de subastas y además alude a cualquier persona física o jurídica que realice habitualmente actividades de intermediación, con el fin de evitar que puedan quedar excluidas del pago del derecho las reventas efectuadas por sujetos que, aun desempeñando de forma habitual actividades en el mercado del arte, actúen al margen de los circuitos tradicionales. Se incorpora asimismo la figura de los profesionales del mercado del arte que presten sus servicios a través de Internet, con el propósito de atender al surgimiento de estos nuevos modelos de negocio. Las reventas que quedan excluidas son aquellas que se realizan directamente entre particulares que actúen a título privado sin la participación de un profesional del mercado del arte; por tanto, conforme a la Directiva 2001/84/CE, el derecho de participación no se aplica a los actos de reventa efectuados por personas que actúen a título privado a museos no comerciales abiertos al público. Se ha optado por eximir de la aplicación del derecho de participación las reventas promocionales, que son aquellas que tienen lugar en los supuestos en que la obra ha sido adquirida directamente del autor, con el fin de facilitar la incorporación de la obra de nuevos artistas al mercado del arte. Se fija el precio de activación del derecho en 1.200 euros, en línea con otros ordenamientos de nuestro entorno. La norma comunitaria deja libertad a los Estados miembros para que determinen este umbral mínimo de activación, siempre que no supere 3.000 euros. El sistema de porcentajes decrecientes por tramos de precios, que contrasta con el anterior sistema de porcentaje único, constituye una de las principales novedades que se incorporan a consecuencia de la Directiva, y se completa con la previsión, imperativa en la norma comunitaria, de que el obligado no pagará en ningún caso más de 12.500 euros como consecuencia de la aplicación del derecho de participación. Se mantiene la opción de nuestro ordenamiento jurídico por la gestión colectiva voluntaria del derecho de participación. De este modo, los titulares del derecho podrán optar libremente entre encomendar la gestión a una entidad de gestión o ejercitar su derecho individualmente. La Ley tiene como objetivo, igualmente, asegurar la transparencia y el control necesarios en el ejercicio del derecho de autor. Finalmente, y como especificidad de nuestro ordenamiento jurídico, se mantiene la obligación de las entidades de gestión de ingresar las cantidades percibidas y no repartidas al Fondo de Ayuda a las Bellas Artes. Desaparece por tanto la obligación de ingresar el importe de los derechos no reclamados en el Fondo, que se nutrirá únicamente del importe de los derechos recaudados por la entidad de gestión que no hayan sido repartidos a sus titulares. La existencia del Fondo asegura, por otra parte, un control público sobre la correcta administración del derecho, y a tal efecto le corresponde emitir un informe anual sobre la base de la información que le proporcionen las entidades de gestión.

¹⁴ Sigue en su párrafo 2. La protección del derecho de participación se reconoce a los autores españoles, a los autores nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, así como a los nacionales de terceros países con residencia habitual en España. Para los autores que sean nacionales de terceros países y no tengan residencia habitual en España, el derecho de participación se reconocerá únicamente cuando la legislación del país de que el autor sea nacional reconozca a su vez el derecho de participación a los autores de los Estados miembros de la Unión Europea y a sus derechohabientes.

¹⁵ *Artículo 4. Umbral de aplicación.* El derecho de participación de los autores nacerá cuando el precio de la reventa sea igual o superior a 1.200 euros, excluidos los impuestos, por obra vendida o conjunto concebido con carácter unitario. *Artículo 5. Cálculo del importe.* El importe de la participación que corresponderá a los autores estará en función de los siguientes porcentajes: a) El 4% de los primeros 50.000 euros del precio de la reventa. b) El 3% de la parte del precio de la reventa comprendida entre 50.000,01 y 200.000 euros. c) El 1% de la parte del precio de la reventa comprendida entre 200.000,01 y 350.000 euros. d) El 0,5% de la parte del precio de la reventa comprendida entre 350.000,01 y 500.000 euros. e) El 0,25% de la parte del precio de la reventa que exceda de 500.000 euros. En ningún caso el importe total del derecho podrá exceder de 12.500 euros. Los precios de reventa contemplados en este artículo se calcularán sin inclusión del impuesto devengado por la reventa de la obra.

¹⁶ *Artículo 7. Gestión del derecho de participación.* 1. El derecho de participación reconocido en el artículo 1 podrá hacerse efectivo a través de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, cuya legitimación será conforme a lo establecido en el artículo 150 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Las entidades de gestión deberán actuar de modo eficaz y transparente tanto en la recaudación como en la distribución del derecho, y siempre con pleno respeto a las obligaciones que establecen las normas aplicables. 2. Las entidades de gestión notificarán al titular del derecho cuya gestión haya sido cedida que se ha hecho efectivo el pago a que se refiere el artículo 9 en el plazo máximo de un mes desde que este haya tenido lugar. 3. Las entidades de gestión liquidarán el importe debido al titular, en concepto de derecho de participación, en el plazo máximo de un año a contar desde el momento del pago, salvo que en dicho plazo el titular reclame la liquidación, en cuyo caso esta se efectuará en el mes siguiente a la reclamación. 4. Cuando el derecho de participación se refiera a una obra creada por dos o más autores, su importe se repartirá por partes iguales entre los autores de dicha obra, salvo pacto en contrario. *Artículo 8. Deberes de los sujetos obligados.* Los profesionales del mercado del arte que hayan intervenido en una reventa sujeta al derecho de participación estarán obligados a: 1. Notificar al vendedor, al titular del derecho de participación y a la entidad de gestión correspondiente la reventa efectuada. La notificación se hará por escrito o por otro medio que permita dejar constancia de la remisión y recepción de la notificación en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente de la fecha de la reventa y deberá contener en todo caso: a) El lugar y la fecha en la que se efectuó la reventa. b) El precio íntegro de la enajenación. c) La documentación acreditativa de la reventa necesaria para la verificación de los datos y la práctica de la correspondiente liquidación. Dicha documentación deberá incluir, al menos, el lugar y la fecha en la que se realizó la reventa, el precio de la misma y los datos identificativos de la obra revendida, así como de los sujetos contratantes, de los intermediarios, en su caso, y del autor de la obra. 2. Retener el importe del derecho de participación del autor en el precio de la obra revendida. 3. Mantener en depósito gratuito, y sin obligación de pago de intereses, la cantidad retenida hasta la entrega al titular o, en su caso, a la entidad de gestión correspondiente. 4. Cuando haya intervenido en la reventa de la obra más de un profesional del mercado del arte, el sujeto obligado a efectuar la operación, tanto en lo referido a la notificación, como la retención, el depósito y el pago del derecho, será el profesional del mercado del arte que haya actuado como vendedor y, en su defecto, el que haya actuado de intermediario. *Artículo 9. Pago del derecho.* Efectuada la notificación a que se refiere el apartado primero del artículo 8, los profesionales del mercado del arte harán efectivo el pago del derecho a la entidad de gestión correspondiente o, en su caso, a los titulares del derecho, en un plazo máximo de dos meses. *Artículo 10. Responsabilidad*

solidaria. Los profesionales del mercado del arte que intervengan en las reventas sujetas al derecho de participación conforme al artículo 3, responderán solidariamente con el vendedor del pago del derecho. *Artículo 11. Derecho de información*. 1. Los titulares del derecho de participación o, en su caso, las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual podrán exigir a cualquier profesional del mercado del arte de los mencionados en el apartado primero del artículo 3, durante un plazo de tres años a partir de la fecha de la reventa, la información indicada en el apartado 1 del artículo 8 que resulte necesaria para calcular el importe del derecho de participación. 2. Los titulares del derecho de participación o, en su caso, las entidades de gestión deberán respetar los principios de confidencialidad o intimidad mercantil en relación con cualquier información que conozcan en el ejercicio de las facultades previstas en la presente Ley. *Artículo 12. Plazo de prescripción*. La acción de los titulares para hacer efectivo el derecho ante los profesionales del mercado del arte prescribirá a los tres años de la notificación de la reventa. *Artículo 13. Fondo de Ayuda a las Bellas Artes*. 1. La Administración del Fondo de Ayuda a las Bellas Artes corresponde a una Comisión adscrita al Ministerio de Cultura, sin perjuicio de su autonomía funcional. Dicha Comisión está presidida por el ministro de Cultura o la persona en quien él delegue y estará integrada por representantes de las comunidades autónomas, de los sujetos obligados y de las entidades que gestionan el derecho de participación en la forma en que se determine por vía reglamentaria. 2. Las cantidades percibidas por las entidades de gestión en concepto de derecho de participación no repartidas a sus titulares en el plazo establecido en el artículo 7.3 por falta de identificación de estos y sobre las que no pese reclamación alguna, deberán ser ingresadas en el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes en el plazo máximo de un año. 3. Las entidades de gestión estarán obligadas a notificar a la Comisión Administradora del Fondo de Ayuda a las Bellas Artes, en el primer trimestre de cada año, la relación de cantidades percibidas por el derecho de participación y los repartos efectuados, así como los motivos que hayan hecho imposible el reparto de las cantidades ingresadas en el Fondo. 4. La Comisión Administradora del Fondo publicará, con carácter anual, un informe sobre la aplicación del derecho de participación. Disposición transitoria. Reventas afectadas. La presente Ley se aplicará a las reventas efectuadas con posterioridad a su entrada en vigor. *Disposición derogatoria*. Derogación normativa. Quedan derogadas las disposiciones que se opongan a la presente Ley y, en particular, las siguientes: a) Artículo 24 y disposición adicional segunda del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. b) Artículos 1 a), 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 del Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, de desarrollo de los artículos 24, 25 y 140 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual. *Disposición final primera*. Título competencial. Esta Ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva que corresponde al Estado en materia de legislación sobre propiedad intelectual, conforme a lo establecido en el artículo 149.1.9.^a de la Constitución y respetando, en todo caso, las competencias autonómicas en materia de cultura fijadas por los Estatutos de Autonomía. *Disposición final segunda*. Desarrollo de la Ley. Se autoriza al Gobierno, en el ámbito de sus competencias, a dictar las normas para el desarrollo reglamentario de esta Ley. *Disposición final tercera*. Aplicación supletoria. En lo no previsto en esta Ley será de aplicación supletoria el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. *Disposición final cuarta*. Distribución de los recursos del Fondo de Ayuda a las Bellas Artes. El Gobierno en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la presente Ley, llevará a cabo las modificaciones normativas precisas para distribuir territorialmente entre comunidades autónomas, los recursos del Fondo de Ayuda a las Bellas Artes a fin de que sean estas administraciones las que, de acuerdo con su competencia exclusiva en la materia, gestionen directa e íntegramente los citados recursos en sus respectivos territorios. Los criterios y mecanismos de reparto deberán a su vez, acordarse con las comunidades autónomas.

¹⁷ *Vid.*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Comentarios a los artículos 428 y 429 del Código civil, *Comentarios al Código civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), Aranzadi-Thompson, Madrid, 2009, 3.^a ed., 599 a 601; Comentarios a los artículos 428 y 429 del Código civil, Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo Ponce De León, Bercovitz, Salvador Coderch, (Dirs.), *Comentario del Código civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, 1.690 a

1.692; RAMS ALBESA, Comentario a los artículos 42 y 43 de LPI, *Comentarios al Código civil*, Tomo V, Vol. 4.º A (arts. 428 y 429 del Código civil y Ley 28/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual), Edersa, Madrid, 1990.

¹⁸ Dice en su considerando primero teniendo en cuenta el derecho vigente a la sazón, de 10 de junio de 1847 «quedó sometido el aludido contrato, dado que, á tenor de los artículos 2.º y 7.º de la indicada ley pudieron pactar los cedentes y conforme al artículo 28 entrar los cesionarios en el pleno goce y disfrute de la exclusiva propiedad de la *Historia* referida, con los mismos derechos y facultades que, mientras vivió, correspondieron á su autor; que al fallecer pasaron á sus herederos los quí vendedores, y estos han enajenado á los demandantes».

¹⁹ ROGEL VIDE, Ley 28/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, *Comentarios al Código civil*, Tomo V, Vol. 4.º A (arts. 428 y 429 del Código civil y Ley 28/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual), Edersa, Madrid, 1990.

²⁰ SÁNCHEZ GARCÍA, La Propiedad Intelectual en la España contemporánea, 1847-1936, *Hispania*, LXII/3, 212, 2002, 995.

²¹ *Vid.*, en especial, PLAZA PENADÉS, El derecho de participación del artista en la reventa de sus obras (*Droit de Suite*) en la Unión Europea y su repercusión en el derecho español, *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, Martínez-Calcerrada y Gómez (Coord.), 2, 2001, 2119 a 2134 y SIEGRIST RIDRUEJO, Derecho de participación y coleccionismo incidencias en la regulación europea del «droit de suite» sobre el mercado del arte, *Unión Europea Aranzadi*, 31,12, 2004, 5 a 13.

²² En el supuesto ventilado, los demandantes, «en la condición (el primero) de autor de una serie de obras fotográficas (denominada *fotogrammes*), resultantes de someter los negativos a un complejo proceso artístico y técnico que determina que, aunque la imagen sea la misma, las copias constituyan ejemplares únicos, y (ambos) en la de coautores en colaboración de una compleja creación (denominada *fauna secreta*) formada por fotografías, dibujos, animales disecados y documentos, alegaron en la demanda, en síntesis, que la demandada, Fundació Caixa de Catalunya, a la que habían transmitido la propiedad de los objetos que eran expresión de sus obras plásticas, al conservarlas negligentemente, había dado lugar, en adecuada relación de causalidad, a su destrucción material, en unos casos, y a su deterioro, en otros, con lesión de las facultades morales y patrimoniales integradas en el derecho subjetivo que, sobre la obra artística y como autores, les reconoce el artículo 1 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual —RDL 1/1996, de 12 de abril— Por ello, pretendieron la condena de la propietaria de los soportes a indemnizarles, en sus respectivos casos, en los daños y perjuicios, morales y patrimoniales, ocasionados con la destrucción y deterioro de aquellos y a la reparación y reposición de las obras no destruidas. Tales pretensiones fueron estimadas íntegramente en la primera instancia, por medio de la resolución recurrida por la demandada. Se trata, en definitiva, de decidir si la demandada debía conservar las cosas de su propiedad por ser la expresión o soporte de una obra artística; si, en su caso, incumplió ese deber y si ello se tradujo en daño para los derechos intelectuales concurrentes y en que medida».

²³ SAP Madrid, 9 de julio de 2001, legitimación activa de las entidades de gestión para instar las acciones conducentes a la retribución correspondiente por venta de obra plástica: «La referida cuestión ha sido objeto de controversia por la doctrina de las Audiencias Provinciales, si bien hoy día la mayoría entre las que se encuentra esta Sección, estima que la legitimación de las Entidades de Gestión, les viene dada por ministerio de la ley y por vía indirecta o por sustitución, fundamentalmente en base a lo que establecen los artículos 132 y 135 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, ya que prevén la existencia de entidades encargadas de la gestión de la explotación de los derechos de autor; siempre y cuando hayan sido previamente autorizadas por el Ministerio de Cultura, señalando el artículo 135 que las entidades de gestión una vez autorizadas, estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios Estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales, debiendo entenderse, partiendo de lo antes dicho, y como señala la reciente STS (Sala Primera) de 29 de octubre de 1999, que la expresión “derechos confiados a su gestión”, puesta en relación la de “en los términos que resulten de sus Estatutos” se refiere a todos aquellos derechos cuya gestión *in genere*

constituye, de acuerdo con los estatutos, el objeto de actuación de la entidad de gestión, y no solo a los concretos derechos individuales que mediante contratos con los titulares de los mismos les hayan sido confiados para su gestión, atribuyéndose así a estas Entidades, legitimación para la defensa en juicio de los derechos a que se extiende su actividad».

²⁴ SAP Madrid 3 de marzo de 2003, estará legitimada la entidad si hay adhesión del autor a la entidad gestora: «En ambas se le decía que, pese a lo dispuesto en la Ley de Propiedad Intelectual (arts. 24, 145, 147 y 150), no basta con la certificación y autorización administrativa para gestionar los derechos de participación económica de los artistas plásticos cerca de los establecimientos dedicados a la reventa de sus obras, ni basta con la existencia de unos estatutos *ad hoc*, sino que es preciso que los autores en cuestión se hayan adherido a la entidad gestora o hayan pactado con ella la gestión de sus derechos. El artículo 7.º de esos Estatutos exige, en su párrafo segundo, para ser socios de la entidad, instancia del interesado y acuerdo del Consejo de Administración. Para ser “adherido”, exige solicitar la admisión».

²⁵ La anterior resolución fue recurrida y resuelta por el ATS, de 7 de diciembre de 2005, desestimatorio, así dice: «nos encontramos ante un litigio seguido por razón de la cuantía en el que esta no alcanza el límite exigido en el artículo 477.2.2.º de la LEC, que por ello tiene impedido el acceso al recurso de casación y, en consecuencia, al recurso extraordinario por infracción procesal por aplicación de la disposición final decimosexta de la LEC (...) la recurrente no puede hacer coincidir la cuantía del procedimiento con el interés económico que para ella pueda suponer obtener una Sentencia favorable cara a la posible formulación frente a ella de otras demandas similares a la que inició el proceso que nos ocupa; nos hallamos ante un juicio en el que se reclamaron 11.250,95 euros y 16.907,92 euros, además de los intereses legales contabilizados desde el día siguiente al del vencimiento del plazo legal de dos meses para hacer efectivo dichos importes, correspondientes a liquidaciones efectuadas a partir del año 1999, es decir, que ni siquiera teniendo en cuenta junto con el principal los intereses reclamados a la fecha de presentación de la demanda (regla 1.º art. 251 y regla 2.ª art. 252), la cuantía del proceso alcanza el límite exigido en el artículo 477.2.2.º de la LEC. Y, tampoco cabe tener en consideración las alegaciones formuladas en el escrito de queja sobre la existencia de «interés casacional», cauce de acceso al recurso de casación que fue el invocado por la recurrente y que resulta ser inadecuado».

1.5. Obligaciones y contratos

Nulidad por abusiva de la cláusula de gastos
en préstamos hipotecarios: integración
del contrato conforme al Derecho nacional
supletorio, prescripción de la acción
de restitución y costas procesales
(A propósito de la STJUE
de 16 de julio de 2020 y la doctrina
del Tribunal Supremo)

*Nullity due to abuse of the mortgage loan
expenses clause: integration of the contract
in accordance with supplementary national law,
prescription of the restitution action
and procedural costs
(Regarding the SCJEU of July 16, 2020
and the doctrine of the Supreme Court)*

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO
*Profesora Doctora de Derecho civil
Universidad de La Rioja*

RESUMEN: Nuevamente el TJUE se ha pronunciado en relación con el Derecho español y las cláusulas abusivas. En este caso se ha tratado de la cláusula de gastos hipotecarios. En este trabajo se analizará la doctrina desarrollada por el TJUE en su Sentencia de 16 de julio de 2020, que viene a avalar la doctrina del Tribunal Supremo permitiendo la integración del contrato con el Derecho supletorio nacional. Se comentará críticamente esta doctrina junto con los distintos criterios fijados por el Tribunal Supremo sobre la distribución de los gastos hipotecarios entre las partes y que tanta polémica y controversia ha suscitado en los últimos años. Junto con ello, brevemente se analizarán también las cuestiones también abordadas por el TJUE acerca del plazo de prescripción de la acción de restitución de cantidades indebidamente abonadas a raíz de la declaración como abusiva y nula de una cláusula contractual, y sobre la imposición de las costas procesales al prestamista como mecanismo para evitar disuadir al consumidor de la defensa de sus derechos, y, no obstante también, para disuadir al prestamista del uso de cláusulas abusivas.

ABSTRACT: Again the CJEU has ruled in relation to Spanish law and abusive clauses. In this case it has been the mortgage expense clause. This work will analyze the doctrine developed by the CJEU in its judgment of July 16, 2020, which endorses the doctrine of the Supreme Court allowing the integration of the contract with national supplementary law. This doctrine will be critically commented on along with the different criteria set by the Supreme Court on the distribution of mortgage expenses among the parties and that has caused so much controversy and controversy in recent years. Along with this, the issues also addressed by the CJEU about the limitation period of the action for restitution of amounts unduly paid as a result of the declaration as abusive and null of a contractual clause, and on the imposition of costs to the lender as a mechanism to avoid dissuading the consumer from defending their rights, but nonetheless to also dissuade the lender from the use of abusive clauses.

PALABRAS CLAVE: Cláusula abusiva. Costas procesales. Gastos hipotecarios. Integración del contrato. Nulidad. Prescripción.

KEY WORDS: Abusive clause. Procedural costs. Mortgage expenses. Integration of the contract. Nullity. Prescription.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.- II. CLÁUSULA DE GASTOS DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO PREVIA A LA STJUE DE 16 DE JULIO DE 2020: 1. LA STS DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015. 2. LAS SSTS DE 15 DE MARZO DE 2018 Y EL IAJD. 3. LAS SSTS DE 23 DE ENERO DE 2019.—III. LA STJUE DE 16 DE JULIO DE 2020 Y LA INTEGRACIÓN DE LOS CONTRATOS CON CLÁUSULAS DECLARADAS NULAS POR ABUSIVAS: 1. CUESTIONES PLANTEADAS AL TJUE Y RESUELTAS EN LA STJUE DE 16 DE JULIO DE 2020. 2. INTEGRACIÓN DEL CONTRATO CON EL DERECHO SUPLETORIO NACIONAL. 3. EFECTOS RESTITUTORIOS ANTE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS TRAS LA STJUE DE 16 DE ENERO DE 2020.—IV. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN Y COSTAS PROCESALES SEGÚN LA STJUE DE 16 DE JULIO DE 2020: 1. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DE CANTIDADES ABONADAS INDEBIDAMENTE. 2. COSTAS PROCESALES EN LOS PROCESOS SEGUIDOS POR CLÁUSULAS ABUSIVAS.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

Desafortunadamente en los últimos años nos estamos acostumbrando al planteamiento de cuestiones prejudiciales y al dictado de alguna resolución del TJUE que enmiende alguna sentencia del Tribunal Supremo español o aclare mejor la doctrina aplicable para que nuestro alto tribunal sienta doctrina más concreta y ajustada al Derecho comunitario, especialmente en el marco de las cláusulas abusivas y la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, de cara a la protección del consumidor. Y digo desafortunadamente porque esta constante práctica ha generado una cierta inseguridad o desconfianza en la propia labor y doctrina emanada del Tribunal Supremo en determinados asuntos y una larga espera en la concreción de la doctrina aplicable a la resolución de ciertas controversias que afectan a muchas familias y personas¹.

Desde la STS de 9 de mayo de 2013 sobre las cláusulas suelo se han ido sucediendo numerosas sentencias del Tribunal Supremo, cuestiones prejudiciales al TJUE y posteriores resoluciones de este Tribunal europeo en relación con la calificación como abusivas de diversas cláusulas en préstamos (mayoritariamente hipotecarios), los efectos de esa calificación y de la nulidad que pueda acordarse, la posible moderación o integración del contrato o la subsistencia de este en caso de apreciarse la nulidad por abusiva de esa cláusula discutida... Todo ello ha sido objeto de máxima atención social, mediática y por todo jurista que, ya sea como aplicador directo del Derecho en la práctica litigiosa concreta o como intérprete y analista de la diversa doctrina y jurisprudencia surgida en torno a estas controversias, ve también cómo se alarga en el tiempo la concreción clara y efectiva de la doctrina jurisprudencial aplicable a una determinada cuestión controvertida de la que están pendientes miles de personas y de la que, por su impacto social y económico, se hacen inmediato eco los medios de comunicación y redes sociales.

Un ejemplo reciente de esta situación y dinámica ha sido la STJUE de 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19) que resuelve quince cuestiones prejudiciales planteadas en marzo de 2019 por dos juzgados españoles (concretamente trece por el Juzgado de Primera Instancia número 17 de Palma de Mallorca y dos por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta) en el marco de dos litigios relativos a ciertas cláusulas abusivas incluidas en contratos de préstamos hipotecarios en referencia a diversos gastos vinculados a esos contratos y su imposición contractual al prestatario consumidor, planteando la posible contradicción con el Derecho comunitario de una jurisprudencia como la que se estaba aplicando a raíz de la STS número 705/2015, de 23 de diciembre, las SSTS número 147 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, y, especialmente, cinco SSTS de 23 de enero de 2019 (núms. 44, 46, 47, 48 y 49/2019), todas del Pleno de la Sala Primera (de lo Civil) de nuestro alto tribunal, que podría considerarse que avala la moderación e integración de la llamada «cláusula de gastos» una vez declarada nula por abusiva, al no determinar la restitución al consumidor de la totalidad de gastos abonados en virtud de esa cláusula declarada nula sino la atribución e imposición de la asunción de ciertos gastos, pudiendo considerarse que tal doctrina supone una quiebra del principio de no vinculación al consumidor de una cláusula abusiva declarada nula a través de la prohibición de la moderación e integración de la cláusula declarada abusiva y, además, contraría el principio de procurar el efecto disuasorio del uso de cláusulas abusivas (arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE); junto con estas cuestiones en las que principalmente me centraré en este trabajo, también se plantearon cuestiones relacionadas con el plazo de prescripción de las acciones restitutorias de cantidades ante la declaración de nulidad de una cláusula abusiva, la condena en costas en estos casos y, asimismo, en relación a la posible abusividad de la cláusula de imposición al consumidor del pago de una comisión de apertura.

Estas quince cuestiones prejudiciales las resolvió el TJUE en la referida sentencia de 16 de julio de 2020 agrupándolas en cinco partes: la primera, relativa a la cláusula correspondiente a los gastos de constitución y cancelación de hipoteca; la segunda, relativa a la cláusula que impone una comisión de apertura; la tercera, relativa al eventual desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven de tal cláusula; la cuarta, relativa a la limitación en el tiempo de los efectos de la declaración de la nulidad de una cláusula abusiva, y la quinta, relativa al régimen nacional de distribución de las costas en el marco de las acciones de nulidad de las cláusulas abusivas.

En este trabajo se analizará el estado actual de esta controversia jurisprudencial en relación especialmente con los gastos hipotecarios, a raíz de lo indicado por el TJUE en esa Sentencia de 16 de julio de 2010 en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, que ya ha tenido acogida y reflejo en las SSTS número 457/2020, de 24 de julio, número 465/2020, de 14 de septiembre, número 555/2020, de 26 de octubre, y número 619/2020, de 17 de noviembre.

Como paso previo, no obstante, se examinará la situación jurisprudencial y doctrinal existente en España sobre esta cuestión antes de la referida resolución del tribunal comunitario europeo, para así contextualizar mejor el tema y la controversia y concretar la doctrina jurisprudencial existente en España que justificó el planteamiento de esas cuestiones prejudiciales ante el TJUE.

II. CLÁUSULA DE GASTOS DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO PREVIA A LA STJUE DE 16 DE JULIO DE 2020

1. LA STS DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015

El Tribunal Supremo en su Sentencia número 705/2015, de 23 de diciembre, resolvió el recurso de casación planteado en el marco de un litigio instado bajo el ejercicio de una acción colectiva, en el que, junto a otras diversas cláusulas, se interesaba la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula de gastos incluida a modo de condición general de contratación (es decir, sin negociación individual) en los préstamos hipotecarios del banco demandado. Esa cláusula de gastos era muy extensa (cinco párrafos), y en ella se indicaba en su primer y cuarto párrafo lo siguiente: «*Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación —incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía— y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11.ª. [...] La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios, costas y gastos procesales o de otra naturaleza, se generen u originen al Banco por incumplimiento del contrato o para el cobro del crédito, incluyendo los gastos y costes directos o indirectos, causados por las actuaciones del Banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda (tales como, en especial, los requerimientos de pago por correo, teléfono, telegrama, notariales), así como los derivados de los procedimientos judiciales o extrajudiciales motivados por todo ello, incluidos los honorarios de Abogado y Procurador aun cuando su intervención en las actuaciones y procedimientos judiciales o extrajudiciales no fuere preceptiva*». Como puede observarse, la cláusula es muy extensa y genérica.

El Tribunal Supremo tras referirse al artículo 89.3 TRLCU, analiza los distintos conceptos de gastos imputados al prestatario consumidor y advierte que debe confirmarse la abusividad de tal cláusula por lo que se refiere a los gastos notariales y registrales, al impuesto sobre actos jurídicos documentados (en adelante, IAJD) y los gastos preprocesales y procesales y de otra naturaleza derivados del incumplimiento del pago del crédito, pero no así los derivados de la contratación del seguro de daños en cuanto que tal contratación viene impuesta al prestatario por el artículo 8 de la Ley del Mercado Hipotecario.

En primer lugar, y apoyándose también en la STS número 550/2000, de 1 de junio, en la medida que no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de gastos notariales y registrales sino que los hace recaer totalmente en el hipotecante, pese a la normativa legal que permitiría una distribución equitativa entendiéndose que ambas partes se benefician de la operación conjunta de préstamo con la constitución de la garantía hipotecaria; y esto supone, según nuestro alto tribunal, «que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU)»; alusión esta última al artículo 89.2 TRLGCU que, sin embargo, no se entiende bien, en cuanto que tal norma se refiere a la consideración como abusiva de la cláusula que determina «la transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables», habida cuenta que en este caso no se trata de ningún supuesto de errores administrativos o de gestión².

Respecto al IAJD, también confirma la nulidad por abusividad declarada en anteriores instancias tanto porque «contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el artículo 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario» (se apoya además el Tribunal Supremo en su anterior Sentencia núm. 842/2011, de 25 de noviembre). Igual calificación de abusiva le merece al Tribunal Supremo la atribución indiscriminada al prestatario de todos los gastos preprocesales y procesales pues resulta contraria a los artículos 86 TRLGCU y 8 LCGC y supone introducir un evidente desequilibrio en la posición de las partes.

Algunos autores³ ya se hicieron eco del error en la fundamentación del Tribunal Supremo en esta Sentencia de 23 de diciembre de 2015 al fijarse en el artículo 89.3, en las letras a) y c), TRLGCU cuando se trata de unas disposiciones referidas a la compraventa de viviendas; e igualmente se tratarían de supuestos de hecho distintos los enjuiciados en las SSTS de 1 de junio de 2000 y 25 de noviembre de 2011 a los que se refiere esa STS de 23 de diciembre de 2015. De hecho, posteriormente, en las SSTS de 15 de marzo de 2018, en relación con la cláusula de imposición al prestatario del pago de todos los tributos derivados de la operación del préstamo hipotecario, el propio Tribunal Supremo quiso enmendar en cierto modo esa fundamentación reconociendo que efectivamente no se trataba del mismo supuesto pero que esa nulidad de la cláusula de gastos venía fundamentada en una aplicación analógica de esas normas (art. 89.3, letras a y c, TRLGCU) del contrato de compraventa al contrato de préstamo⁴: uso de la analogía también criticable por cuanto no cabe entender que existiera una laguna para cubrir con esa analogía⁵.

Y en el marco de esa fundamentación, a este respecto, cabe también destacar cómo en este caso el Tribunal Supremo sorprendentemente no alude en ningún momento en su argumentación base de esa declaración de nulidad a ningún tipo de control ni de incorporación ni de transparencia formal o material, ni tampoco a los deberes precontractuales de información del prestamista al prestatario; sorprende que no se aluda por el Tribunal Supremo al control de transparencia que tantas declaraciones de nulidad por abusividad de numerosas cláusulas de préstamos hipotecarios ha venido fundamentando desde que se configuró con la STS de 9 de mayo de 2013 en relación con las cláusulas suelo. Sobre el sometimiento de las cláusulas de gastos a este control de transparencia ha habido criterios discordantes entre la doctrina, lo que ha conllevado más

críticas a esta STS de 23 de diciembre de 2015⁶, pero lo cierto es que en este caso la fundamentación del Tribunal Supremo de la abusividad y nulidad de la cláusula se enfoca en otros aspectos: la imposición total y genérica de todos los gastos al consumidor, cuando algunos no les vienen legalmente impuestos, y el consecuente desequilibrio importante que se produce en la posición del consumidor, en contradicción, además, con las exigencias de la buena fe contractual; un desequilibrio relevante que el consumidor no hubiera razonablemente aceptado de haberse negociado la cláusula.

A este respecto, debe resaltarse cómo esta decisión y calificación como abusiva de la cláusula referida a estos conceptos de gastos lo argumenta el Tribunal Supremo atendiendo a la normativa nacional existente respecto a la distribución de esos gastos entre las partes, apreciando por ello ese comentado desequilibrio y abuso por la atribución indiscriminada de unos gastos al prestatario, cuando, según la norma nacional reguladora del concepto que fundamenta ese gasto, el mismo sería imputable al prestamista.

Ahora bien, el Tribunal Supremo no aborda otro tipo de gastos que frecuentemente también se incluyen en cláusulas de préstamos hipotecarios imponiéndolos al consumidor prestatario (gastos tales como los de gestoría o los de tasación⁷); y no lo hace por cuanto la cláusula que se sometió a su consideración no aludía a ellos.

Asimismo, otra cuestión a tener en cuenta es que, pese a calificar como abusiva esa cláusula en cuanto referida a los gastos registrales y notariales y a los gastos preprocesales y procesales, el Tribunal Supremo (quien en su fallo simplemente desestima el recurso de casación planteado por la entidad bancaria demandada, confirmando la sentencia recurrida) no determina la restitución de las cantidades indebidamente abonadas, pues no se pidió en la demanda al haberse ejercitado una acción colectiva instando la declaración genérica de nulidad de esas cláusulas insertas en todos los contratos de préstamo hipotecario de la entidad bancaria demandada, pero sin poder solicitar efectos concretos en relación con cada prestatario afectado por un contrato con esa cláusula.

Lógicamente al declarar la cláusula abusiva y nula por tal motivo, tal cláusula se deberá entender como no puesta en los contratos que la incluyan, eliminándola del contrato (que en todo caso cabe entender que podría subsistir sin esa cláusula). En principio, esa nulidad debería suponer el retorno del consumidor prestatario a la posición que existiría de no haber mediado esa cláusula, restituyéndole las cantidades indebidamente abonadas; sin embargo, los efectos concretos que en cada caso tal nulidad conllevaría, especialmente en el marco de la restitución de las cantidades indebidamente abonadas por el prestatario, se dejaron sin concretar. El Tribunal Supremo en esta Sentencia de 23 de diciembre de 2015, aunque sí se refirió a la normativa reguladora de los conceptos objeto de los gastos para argumentar el injusto desequilibrio y la abusividad de la cláusula, lo cierto es que no indicó qué gastos debería asumir el prestamista y cuáles el prestatario; simplemente advierte del desequilibrio que supone la imposición total y de modo genérico al prestatario consumidor de todos los gastos notariales, registrales y procesales y preprocesales, cuando no todos les venían impuestos por la Ley al prestatario, sino que algunos correspondían al prestamista, por lo que se estaría contraviniendo esas normas; pero no señala concretamente qué efectos restitutorios supone esa declaración de nulidad. En esta sentencia se deja a los juzgados y tribunales que enjuicien cada reclamación individual de los consumidores la decisión y concreción en cada proceso concreto sobre cómo se deben distribuir los gastos e impuestos de esa operación.

De modo que para las resoluciones posteriores de casos concretos lo que entendieron los juzgados y tribunales tras esta STS de 23 de diciembre de 2015 es que, como en sus casos concretos sí que, junto con la declaración de nulidad por abusiva (pretensión que mayoritariamente era estimada), se pedía la restitución al prestatario de las cantidades indebidamente abonadas por esa cláusula declarada nula, al atender a tal pretensión, no es que tuvieran que devolverse íntegramente todas las cantidades abonadas por el prestatario en virtud de esa cláusula, sino solo aquellas cantidades que según la normativa sectorial de Derecho nacional no le correspondieran abonar al prestatario sino al prestamista. Y ello llevó al dictado de numerosas resoluciones por la llamada «jurisprudencia menor» que, bajo criterios no siempre uniformes ni homogéneos, determinaba una concreta distribución de los gastos interpretando esa normativa nacional sectorial en relación no solo a los gastos registrales y notariales y al IAJD, sino también a gastos de gestoría y de tasación del inmueble a hipotecar⁸.

2. LAS SSTS DE 15 DE MARZO DE 2018 Y EL IAJD

En las SSTS número 147/2018 y número 148/2018, ambas de 15 de marzo, la Sala Primera (de lo Civil) volvió a reiterar la doctrina del carácter abusivo de las condiciones generales de los contratos de préstamo hipotecario que indiscriminadamente impusieran al prestatario consumidor la totalidad de gastos y tributos derivados de la celebración de ese préstamo, advirtiendo de que la normativa reguladora de los conceptos o servicios cuyo pago se impone en esa cláusula impuesta (normativa que sería aplicable en ausencia de pacto) viene a establecer una distribución de la carga de ese pago entre ambas partes distinguiendo en algunos casos entre el tipo de actuación que se realice.

Entre los constantes pronunciamientos acerca de la imputación de gastos al consumidor prestatario y la nulidad por abusiva de la cláusula que así lo preveía, uno de los conceptos que más controversia y disparidad de sentencias entre Juzgados y Audiencias ha suscitado ha sido el del IAJD, especialmente por la interpretación hecha de la normativa sectorial aplicable. Y el Tribunal Supremo también atendió a esta controversia para ponerle fin, aunque lo hizo de un modo bastante polémico como se expondrá a continuación.

Nuestro alto tribunal, en su Sala Primera (de lo Civil) inicialmente en la citada STS número 705/2015, de 23 de diciembre, determinó que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación contractual realizada, sino que, «al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante»; por ello, como se ha indicado antes, entendió nula por abusiva la cláusula que imponía totalmente ese pago al prestatario (consumidor).

Pero, posteriormente, en las referidas SSTS número 147/2018 y número 148/2018, ambas de 15 de marzo, advirtió la Sala Primera (de lo Civil) del Tribunal Supremo que debía atenderse a lo previsto en la normativa tributaria y a lo que la jurisprudencia de la Sala Tercera (de lo Contencioso-Administrativo) del Tribunal Supremo entendía sobre quién es el sujeto pasivo de este impuesto; de modo que, respecto a la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, en armonía con esa jurisprudencia, advierte el Tribunal Supremo (Sala Primera,

de lo Civil) que se debe concluir que el sujeto pasivo del IAJD es el prestatario⁹; esto en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía. En lo que respecta al derecho de cuota fija, por la matriz el pago del impuesto también le corresponde al prestatario (art. 68 RITPyAJD), salvo que exista pacto de distribución de los gastos notariales y registrales, respecto de los cuales se debiera distribuir el pago del impuesto por mitad (igual que para el caso de los aranceles notariales y registrales señaló la Resolución de la DGRN de 7 de abril de 2016), mientras que respecto de las copias, será sujeto pasivo del impuesto aquel que las solicite.

A este respecto, y particularmente en cuanto a esa decisión sobre el derecho de cuota variable y quién se considera sujeto pasivo del IAJD, debe advertirse que las normas tributarias en ese momento señalaban lo siguiente:

— Artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante LITPyAJD): «Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan».

— Artículo 68 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo (en adelante RITPyAJD): «Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario».

La Sección 2.^a de la Sala Tercera (de lo Contencioso-Administrativo) del Tribunal Supremo, en sus Sentencias número 1505/2018, de 16 de octubre, número 1523/2018, de 22 de octubre, y número 1531/2018, de 23 de octubre, anuló el indicado párrafo 2 del artículo 68 RITPyAJD, por considerar que lo previsto en él («Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario»), era contrario a la Ley y consecuentemente modificó la doctrina jurisprudencial que hasta entonces se mantenía de que en los préstamos con garantía hipotecaria era el prestatario quien debía asumir el pago del impuesto de actos jurídicos documentados (derivado de la escritura notarial de constitución de la hipoteca), y tras estas resoluciones se afirmó, por tanto, que debía ser el prestamista quien asumiera el pago de este impuesto.

Pero poco después, en una controvertida decisión, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo se reunió en Pleno los días 5 y 6 de noviembre de 2018 para decidir sobre tres asuntos similares a los anteriormente indicados y resueltos por esa Sección 2.^a de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo y a través de tres Sentencias de 27 de noviembre de 2018 (núms. 1669/2018, 1670/2018 y 1671/2018), con votos particulares, cambió ese criterio y determinó que el sujeto pasivo de este impuesto era el prestatario.

Una resolución polémica por las formas y mayorías en que se adoptó (hubo mucha división de criterios y se decidió así por un solo voto, por 15 a 13) y especialmente porque se adoptaba cuando la resolución de nulidad del párrafo segundo del artículo 68 RITPyAJD era ya firme en virtud de las anteriores resoluciones de la Sección 2.^a (especializada en materia tributaria), y teniendo por tanto por base normativa a la que atender (arts. 29 LITPyAJD y 68 RITPyAJD) una previsión que precisamente, a mi juicio, lo que apoya es la decisión contraria, es decir, que sea el prestamista quien deba asumir el coste por ser él quien

adquiere el derecho de hipoteca que se constituye con la escritura que motiva ese impuesto y, a mayor abundamiento, aquel en cuyo interés se expide ese documento notarial.

La polémica fue mayor habida cuenta que desde el Gobierno anteriormente a la fecha de las resoluciones (aunque poco después de conocer el resultado de ese pleno de 6 de noviembre de 2018 y a raíz del mismo) se aprobó el Real Decreto Ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (Real Decreto Ley convalidado por el Congreso de los Diputados poco después, el 22 de noviembre de 2018), determinando la modificación del tenor del artículo 29 LITPyAJD de modo que ya el sujeto pasivo del IAJD en los préstamos hipotecarios constituidos en escrituras a partir del 10 de noviembre de 2018 (pues no hay aplicación retroactiva de la norma) no sería el prestatario sino el prestamista¹⁰. Como puede observarse, una decisión normativa acorde con el criterio inicial de la Sala Tercera del Tribunal Supremo pero que se ve contradicha por las sentencias posteriores de 27 de noviembre de 2018.

3. LAS SSTS DE 23 DE ENERO DE 2019

Posteriormente el Tribunal Supremo volvió a completar y matizar su doctrina en relación con la cláusula de gastos en los contratos de préstamo hipotecario en cinco Sentencias de 23 de enero de 2019 (las núms. 44, 46, 47, 48 y 49/2019, todas de Pleno) que reiteran la consideración de que una cláusula no negociada individualmente e impuesta por el prestamista que atribuye indiscriminadamente al prestatario consumidor el pago de todos los gastos e impuestos derivados del contrato de préstamo hipotecario es abusiva y por ello nula, al imponer unos pagos que, de no existir esa cláusula, no le corresponderían abonar al prestatario, y por ello supone un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.

Y señala el Tribunal Supremo que una vez declarada nula y por lo tanto considerada como no puesta esa cláusula, debe reestablecerse la situación fáctica y jurídica que existiría de no haberse incluido esa cláusula¹¹, y por ello debe aplicarse la normativa sectorial nacional supletoria que regula cada concreto gasto y así determinar qué deben pagar ambas partes, prestamista y prestataria, y que cada una asuma lo que le corresponde, restituyendo el prestamista al consumidor los importes que indebidamente este asumió por corresponder su pago a aquel. Decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido en el contrato, debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico. A este respecto, advierte nuestro alto tribunal que esta doctrina no implica moderación de la cláusula nula ni de los efectos de esa nulidad ni vulneración de los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE; y argumenta esto y la aplicación de la normativa nacional advirtiendo que la declaración de abusividad y nulidad no puede conllevar que los terceros dejen de percibir lo que por ley les corresponde, ya que no son pagos hechos por el consumidor al banco sino a terceros (notario, registrador, gestoría, etc.), considerando a este respecto que no se trata de reconocer unos efectos restitutorios del artículo 1303 del Código civil, porque no son abonos hechos por el consumidor al banco que este deba devolver, sino pagos hechos a terceros, considerando por ello que el fundamento de la condena a la restitución al consumidor prestatario de ciertas cantidades es análogo

al cobro de lo indebido (en cuanto que el consumidor hizo un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente dicho pago, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido indebidamente el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía) o al enriquecimiento injusto (en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor): de modo que aquellos importes que debía haber abonado el prestamista por venir así previsto en la normativa nacional sectorial correspondiente pero que abonó el consumidor en virtud de esa cláusula nula deberán ser devueltos por el prestamista (*vid.*, asimismo, STS núm. 725/2018, de 19 de diciembre¹²).

Sin perjuicio de que volveré posteriormente a tratar la cuestión de si esta doctrina supone o no moderación o integración del contrato, pues es precisamente la cuestión angular que se planteó en las cuestiones prejudiciales ante el TJUE que este resolvió en su Sentencia de 16 de julio de 2020, sí que cabe advertir que la alusión a los terceros como destinatarios del pago de esos importes discutidos no tiene sentido a este respecto: los terceros seguirán cobrando los importes por sus servicios los pague el consumidor prestatario o el prestamista, y aunque se declare nula la cláusula de imposición de pago de todos los gastos: esa nulidad de la condición general contractual, al igual que el propio contenido y efectos de dicha cláusula y su declaración como nula, solo tiene efectos inter partes; los terceros no se ven en modo alguno afectados sean cuales sean los efectos que se señalen consecuencia de la declaración de nulidad de la referida cláusula contractual.

Cabe reseñar brevemente la distribución de gastos que se señaló en estas SSTS de 23 de enero de 2019, tratando de poner fin a la diversidad y heterogeneidad de criterios asumidos por la llamada jurisprudencia menor:

a) Por lo que respecta a los gastos notariales, atendiendo a la norma sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dado que, según el Tribunal Supremo, la intervención notarial interesa a ambas partes, los gastos por el otorgamiento de la escritura pública deben distribuirse por mitad. Misma solución se acuerda para las escrituras de modificación o novación del préstamo hipotecario. Sin embargo, para la escritura de cancelación de hipoteca, entendiéndose que es el prestatario el interesado en liberar el gravamen, es a él a quien le correspondería abonar el gasto. Por lo que se refiere a las copias de la escritura, el coste de la misma lo deberá asumir quien la solicite.

b) En cuanto a los gastos registrales, de conformidad con el Anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, en la norma octava de su Anexo II, partiendo de que la garantía hipotecaria se inscribe a favor de la entidad prestamista, será esta quien deba abonar los gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca; en el caso de la escritura de cancelación de la hipoteca, como accede al Registro en favor del prestatario, este deberá abonar su coste.

c) En el caso de los gastos de gestoría, el Tribunal Supremo en estas Sentencias señala que no existe norma legal o reglamentaria que atribuya su pago al prestamista o al prestatario. De hecho, las gestiones derivadas de la formalización del préstamo hipotecario como tal no necesitan del nombramiento de un gestor profesional, pudiendo ser realizadas por el prestamista o por el prestatario, si bien deben ponerse de acuerdo ambas partes en el nombramiento de un gestor a tenor de lo indicado por el Real Decreto Ley 6/2000, de 23 de junio, sobre

Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, que da por supuesta la prestación de ese servicio (art. 40 del citado Real Decreto). En consecuencia, entiende el Tribunal Supremo que, dado que, cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad. Un criterio que considero erróneo por cuanto acudir a una gestoría no es obligatorio y en la práctica ese gestor se contrata porque así lo requiere el prestamista para asegurarse él de que se tramite todo de modo correcto de cara a la formalización en escritura e inscripción registral para la válida constitución de la garantía hipotecaria (garantía de la que el prestamista es el único beneficiario); es al prestamista a quien le interesa ese gestor, es él quien insta en la práctica su intervención y es a él a quien le beneficia: por ello el prestamista es quien debiera asumir la totalidad de ese gasto¹³.

d) Por lo que al IAJD se refiere, en estas SSTs de 23 de enero de 2019 se acoge la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo a través de las anteriormente mencionadas Sentencias de 27 de noviembre de 2018 (núms. 1669/2018, 1670/2018 y 1671/2018). Las Resoluciones de la Sala Primera (de lo Civil) de 23 de enero de 2019 concretaron también que quien debía abonar el IAJD era el prestatario, «como ya acordó en las sentencias núms. 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, cuya doctrina se corresponde con la de las Sentencias del pleno de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo 1669/2018, 1670/2018 y 1671/2018, de 27 de noviembre, que mantienen la anterior jurisprudencia de esa misma Sala Tercera»; advirtiéndose además que «a esta doctrina jurisprudencial común no le afecta el Real Decreto Ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (convalidado por el Congreso de los Diputados el 22 de noviembre siguiente), puesto que dicha norma, conforme a su propia previsión de entrada en vigor, solamente es aplicable a los contratos de préstamo hipotecario celebrados con posterioridad a su vigencia y no contiene regulación retroactiva alguna».

Por último, en relación con estas Sentencias de 23 de enero de 2019, cabe destacar cómo, en el marco de la atención a la normativa nacional sectorial aplicable de modo supletorio, el Tribunal Supremo señala que los criterios aplicables a la resolución de esta cuestión en cada caso deben ser los que resulten del ordenamiento jurídico vigente en el momento relevante, que en este caso es la firma de la escritura de préstamo hipotecario. Advierte que el legislador puede modificar la normativa aplicable y establecer otros criterios de atribución del pago de estos gastos por razones de política legislativa, pero que esas nuevas normas no pueden ser aplicadas con carácter retroactivo, salvo que en ellas se disponga lo contrario (art. 2.3 CC).

Y en tal sentido nuestro alto tribunal alude al proyecto de Ley reguladora de contratos de crédito inmobiliario que en esos momentos se estaba tramitando y que ya contenía algunas previsiones concretas sobre la distribución de estos gastos. Aprobada la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante LCCI), en esta ley, concretamente en su artículo 14.1.e), nuestros legisladores, tratando de poner fin a la litigiosidad en esta materia (al menos para contratos celebrados con posterioridad al 16 de junio de 2019, pues debe recordarse que en este punto la LCCI no es de aplicación retroactiva a contratos anteriores a su entrada en vigor), decidieron concretar ya la distribución de gastos derivados de la celebración de un contrato de préstamo inmobiliario (al menos los gastos más frecuentes en la práctica) de la siguiente forma:

i. Los gastos de tasación del inmueble corresponderán a prestatario y los de gestoría al prestamista.

ii. El prestamista asumirá el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario¹⁴ y los de las copias los asumirá quien las solicite.

iii. Los gastos de inscripción de las garantías en el Registro de la Propiedad corresponderán al prestamista.

iv. El pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados se realizará de conformidad con lo establecido en la normativa tributaria aplicable. En este caso, ya estaba aprobada la reforma del artículo 20 LITPyAJD de noviembre de 2018 a la que he hecho antes referencia, y por ello, se debe entender como sujeto pasivo del IAJD al prestamista.

III. LA STJUE DE 16 DE JULIO DE 2020 Y LA INTEGRACIÓN DE LOS CONTRATOS CON CLÁUSULAS DECLARADAS NULAS POR ABUSIVAS

1. CUESTIONES PLANTEADAS AL TJUE Y RESUELTAS EN LA STJUE DE 16 DE JULIO DE 2020

Como he comentado al inicio de este trabajo, tras las SSTs de 23 de enero de 2019, en marzo de ese año el Juzgado de Primera Instancia número 17 de Palma de Mallorca y el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta presentaron sendas peticiones de decisión prejudicial al TJUE con varias cuestiones a abordar y resolver por el Tribunal comunitario atendiendo a lo previsto en los artículos 3 a 8 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

En síntesis, por lo que se refiere a la cláusula de imposición al prestatario consumidor de todos los gastos derivados de la formalización, modificación y cancelación del préstamo hipotecario, las cuestiones planteadas al TJUE se centraban en los efectos de la declaración de la nulidad de tal cláusula y concretamente en lo siguiente:

- Si las decisiones de declaración de nulidad de la cláusula de imposición al prestatario de todos los gastos de constitución y operación del préstamo hipotecario concretando la distribución de los gastos entre las partes, de modo que también el prestatario debe asumir ciertos gastos (y por tanto excluyendo o limitando parcialmente el efecto restitutorio de la declaración de nulidad), suponen una moderación judicial de esa declaración de nulidad contraria al principio de no moderación consagrado por la jurisprudencia del TJUE, contraria al principio de no vinculación al consumidor de una cláusula abusiva declarada nula (contenido en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE¹⁵) y contraria al efecto disuasorio frente al empresario (consagrado en el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE¹⁶).
- Si es ajustado al Derecho de la Unión Europea que se lleve a cabo una interpretación integradora de una cláusula nula por abusiva cuando la supresión de la misma y los efectos dimanantes de esta no afectan a la subsistencia del contrato de préstamo con garantía hipotecaria.

Pero, junto a estas cuestiones más relacionadas con la cláusula de gastos de constitución y cancelación de hipoteca, también se plantearon otras relacionadas con:

a) La condena en costas al profesional en los procesos en los que el consumidor ejercita la acción de nulidad de cláusulas abusivas en contratos que haya celebrado.

b) La prescripción de la acción de restitución de cantidades, que viene a acompañar y ser accesoria a la acción de declaración de nulidad de la cláusula abusiva.

c) El control del carácter abusivo y de transparencia de la llamada comisión de apertura.

A continuación, analizaré brevemente cómo ha resuelto el TJUE cada una de estas cuestiones, salvo en lo que respecta a la comisión de apertura pues por espacio en este trabajo no cabe hacer un análisis en la extensión que merecería esta cuestión. Al respecto de la comisión de apertura simplemente dejo apuntado aquí cómo el TJUE en esa Sentencia de 16 de julio de 2020 (casos acumulados *Caixabank* y *BBVA*, C-224/19 y C-259/19) advierte que:

i) El hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de este.

ii) En todo caso los juzgados y tribunales nacionales deben controlar el carácter claro y comprensible de la cláusula y comprobar que la entidad financiera haya informado y comunicado al consumidor oportunamente de todos los elementos suficientes que permitan al consumidor conocer el contenido, funcionamiento, motivos y función de la cláusula que le impone el pago de una comisión de apertura.

iii) Asimismo, deben comprobar que la comisión de apertura responde a servicios efectivamente prestados o gastos realmente habidos, pues de lo contrario esa cláusula que impone el pago de la comisión de apertura incidiría negativamente en la posición del consumidor y, en consecuencia, causa en detrimento de este un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato, contrario a las exigencias de la buena fe.

2. INTEGRACIÓN DEL CONTRATO CON EL DERECHO SUPLETORIO NACIONAL

Me centraré ahora en el que ha sido el caballo de batalla en los últimos años entre nuestros juzgados y tribunales en relación con la cláusula de gastos hipotecarios: prácticamente todos están de acuerdo en que una cláusula no negociada individualmente (condición general de la contratación) en la que se impone al consumidor el pago de todos los gastos e impuestos que se deriven de ese contrato (en cuanto a su formalización y constitución de la garantía, modificación y cancelación) debe ser declarada nula por abusiva, por el desequilibrio importante causado entre los derechos y obligaciones de las partes, la contradicción con la buena fe, y ello sin entrar en valoraciones y discusiones existentes entre la doctrina, como ya indiqué antes, acerca de la sujeción al control de incorporación sin más, o al debido control de transparencia también.

La declaración de tal cláusula como abusiva ha sido una constante entre nuestros tribunales. Pero el problema ha venido, como ya he advertido antes, en los efectos restitutorios derivados de esa declaración de nulidad y en la limitación hecha en nuestra jurisprudencia dirigida por el Tribunal Supremo a esos efectos restitutorios pues no se devuelven íntegramente todas las cantidades abonadas por el consumidor en virtud de esa cláusula sino tan solo aquellos importes que en virtud de la normativa nacional supletoria debían corresponder, no al prestatario, sino al prestamista. En el marco de la interpretación y aplicación de esa normativa nacional supletoria ha habido cierta inseguridad y pronunciamientos

no homogéneos, hasta que el Tribunal Supremo en las Sentencias de 23 de enero de 2019 ha indicado unos criterios precisos de distribución de gastos entre las partes, así como hasta la aprobación de la LCCI, en lo que a su concreto ámbito objetivo y temporal de aplicación respecta.

Pero la controversia y dudas reflejadas en las cuestiones prejudiciales planteadas al TJUE y resueltas en su Sentencia de 16 de julio de 2020 (casos acumulados *Caixabank* y *BBVA*, C-224/19 y C-259/19) se enmarcan en la posibilidad de que con esa aplicación de la normativa sectorial supletoria nacional se esté integrando y moderando la cláusula declarada abusiva, lo cual supondría una queiebra y contradicción con la doctrina consolidada hasta el momento del TJUE de prohibición de integración y moderación de cláusulas declaradas abusivas y nulas y, por ello, la contradicción con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE y los principios de no vinculación del consumidor al contenido y efectos de la cláusula declarada abusiva y el de procurar el efecto disuasorio del profesional prestamista en el uso de esas cláusulas.

Desde la STJUE de 14 de junio de 2012 (caso *Banesto*, C-618/2010), que motivó la modificación en España del artículo 83 TRLCU con el fin de ajustar el Derecho español a esa doctrina y eliminar la facultad de integración y moderación de los jueces prevista en esa norma¹⁷, se ha ido consolidando una doctrina jurisprudencial por el TJUE en relación con las consecuencias de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva.

Cabe recordar cómo el TJUE ha advertido reiteradamente de la prohibición de que el juez nacional modifique y modere el contenido de las cláusulas abusivas, de forma que, ante una cláusula declarada abusiva y nula el juez nacional debe dejar sin aplicación esa cláusula para que no produzca ningún efecto vinculante para el consumidor, salvo que este se oponga a ello: así, entre otras, STJUE de 14 de junio de 2012 (caso *Banesto*, C-618/2010), STJUE de 30 de mayo de 2013 (caso *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C-488/11), STJUE de 21 de enero de 2015 (casos acumulados *Unicaja* y *Caixabank*, C-482/13, C-484-13, C-485/13 y C-487/13), STJUE de 21 de diciembre de 2016 (casos acumulados *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15), STJUE de 26 de enero de 2017 (caso *Banco Primus*, C-421/14) y STJUE de 26 de marzo de 2019 (casos acumulados *Abanca Corporación Bancaria* y *Bankia*, C-70/17 y C-179/17). Como señala la STJUE de 26 de enero de 2017 (caso *Banco Primus*, C-421/14): «En efecto, ese contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible». Con base en las previsiones de la Directiva 93/13/CEE y la interpretación que de ellas hace, el TJUE lo que exige es que no se puede modificar el contenido de la cláusula abusiva para reincorporar al contrato y aplicar al consumidor esa misma cláusula pero de modo ajustado a Derecho, sino que tal cláusula debía eliminarse del contrato al completo y no aplicarse al consumidor en modo alguno. Es lo que viene a denominarse como la «prohibición de la reducción conservadora de la validez» de la cláusula abusiva: no cabe modificar el contenido de la cláusula en lo necesario para eliminar el carácter abusivo y reconvertirla en una cláusula ya no abusiva. De modo que la declaración como abusiva de una cláusula por el juez nacional determinaría, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no existir tal cláusula en el contrato; y en el caso de que esa cláusula impusiera el pago de ciertos importes que resulten indebidamente debidos y pagados, la declaración de nulidad determinará en principio el correspondiente efecto restitutorio de

esos importes (STJUE de 21 de diciembre de 2016, casos acumulados *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15).

Pero junto con esta «prohibición de la reducción conservadora de la validez» de la cláusula abusiva (modificación de su contenido), relacionado con esa protección del consumidor y con los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula abusiva, el TJUE también ha venido advirtiendo desde la STJUE de 30 de abril de 2014 (caso *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13) de la «prohibición de la integración del contrato» a través de la aplicación de normas de Derecho supletorio, con la única excepción de que tal integración sea necesaria para la subsistencia del contrato, siendo esta además la opción más beneficiosa para el consumidor: «El juez nacional puede sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional únicamente en los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para este una penalización (STJUE de 21 de enero de 2015, casos acumulados *Unicaja y Caixabank*, C-482/13, C-484-13, C-485/13 y C-487/13). Esta excepción viene pensada fundamentalmente en cuanto que la anulación y extinción del contrato determinaría la obligación del consumidor prestatario de devolver todas las cantidades pendientes de devolución del préstamo de una sola vez, lo que podría suponer unos importes que excederían de la propia capacidad económica del prestatario en ese momento, perjudicando a este y no al prestamista que vería recuperadas de una vez todas las cantidades debidas; y eso llevaría precisamente a frustrar el efecto disuasorio de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas para que no se vuelva a insertar por el prestamista tal cláusula en sus contratos; efecto disuasorio que es un objetivo y principio necesario para la protección del consumidor (como parte más débil del contrato) previsto y exigido en el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE).

Y es que el TJUE vincula ambas prohibiciones de moderación y de integración con el principio de procurar un efecto disuasorio para los empresarios o profesionales en el uso de las cláusulas abusivas (*vid.* artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE)¹⁸.

El tema de los efectos restitutorios de la declaración de nulidad y la integración del contrato han sido aspectos controvertidos en relación con prácticamente todas las cláusulas que se han venido declarando como abusivas en el ámbito de los contratos de préstamos hipotecarios en los últimos años: cláusula suelo, cláusulas de intereses de demora abusivos, cláusulas multdivisas, vencimiento anticipado, cláusula IRPH y ahora la cláusula de gastos. Y común denominador hasta ahora en la resolución de estos asuntos por el TJUE y el Tribunal Supremo es la restitución de aquellas cantidades que hubieran sido indebidamente abonadas por el consumidor prestatario en virtud de la cláusula; y respecto a una posible aplicación de normas de Derecho nacional supletoriamente, esto solo era posible en el caso de que fuera necesario para la subsistencia del contrato y en atención a los intereses del consumidor (cfr. STJUE de 30 de abril de 2014, caso *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13; STJUE de 26 de marzo de 2019, casos acumulados *Abanca Corporación Bancaria y Bankia*, C-70/17 y C-179/17; y STJUE de 3 de octubre de 2019, caso *Dziubak*, C-260/18)¹⁹.

Pero ahora con la STJUE de 16 de julio de 2020 esa doctrina sobre la integración de los contratos ha sufrido un cambio. Ya no se parte de las exigencias o condiciones de que esa integración del contrato sea necesaria para la propia subsistencia del contrato y además ello suponga un menor perjuicio para el con-

sumidor que la propia anulación del contrato; no. Ahora simplemente el TJUE en relación con la cláusula de gastos señala que no se contrarían los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE por limitar los efectos restitutorios de la declaración de nulidad si la normativa nacional supletoria interna concreta que algunos importes deberían ser asumidos por el consumidor: es decir, los tribunales pueden tener en cuenta y aplicar el Derecho nacional supletorio para concretar los efectos restitutorios de la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula de gastos hipotecarios, y ello aunque se trate de una cláusula accesoria cuya nulidad no afecta a la propia existencia del contrato (pues este puede subsistir sin ella) y sin atender al mayor o menor perjuicio para el consumidor. El TJUE con esta Sentencia de 16 de julio de 2020, sin hacer mención alguna a su propia doctrina anterior acerca de la integración de los contratos, ha eliminado las dos condiciones que conjuntamente antes exigía para poder integrar el contrato con el Derecho supletorio nacional: que el contrato no pudiera subsistir sin la cláusula declarada nula y que la anulación total del contrato implicase un mayor perjuicio para el consumidor²⁰. Concluye el TJUE en esa Sentencia de 16 de julio de 2020 que «el hecho de que deba entenderse que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido justifica la aplicación de las disposiciones de Derecho nacional que puedan regular el reparto de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en defecto de acuerdo entre las partes. Pues bien, si estas disposiciones hacen recaer sobre el prestatario la totalidad o una parte de estos gastos, ni el artículo 6, apartado 1, ni el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponen a que se niegue al consumidor la restitución de la parte de dichos gastos que él mismo deba soportar».

En definitiva: a pesar de que se declare nula una cláusula de gastos por abusiva al imponer al consumidor todos los gastos de formalización y cancelación del préstamo hipotecario, los efectos restitutorios de esa declaración de nulidad pueden limitarse si, de conformidad con el Derecho nacional que sería de aplicación de no existir un pacto al respecto, el consumidor debiera asumir parte de esos gastos, de modo que podrá negarse la restitución de la parte de los gastos que ese prestatario consumidor deba soportar conforme a ese Derecho nacional; y ello, según el TJUE no supone contradicción ni vulneración de los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE. Por tanto, viene a avalar la doctrina del Tribunal Supremo desarrollada en esta cuestión en las SSTs de 23 de enero de 2019 anteriormente comentadas; doctrina que se ha mantenido, con alusión además a ese aval mostrado por la STJUE de 16 de julio de 2020, en las SSTS número 457/2020, de 24 de julio y número 465/2020, de 14 de septiembre.

La admisión de la aplicación del Derecho nacional supletorio en este caso no viene determinada por exigencias de subsistencia del contrato (pues este puede subsistir aun sin la cláusula anulada) ni por exigirlo el interés del consumidor, sino que lo que se produce es la aplicación del régimen que resultaría aplicable en esa situación que surge reestablecida para el consumidor al eliminar la cláusula abusiva, y los efectos restitutorios atenderán únicamente a las cantidades indebidamente abonadas atendiendo a esa situación²¹.

Una postura y doctrina por tanto no tan restrictiva como en sentencias anteriores del TJUE en los que las condiciones para poder acudir al Derecho nacional supletorio eran estrictas y la atención al efecto disuasorio del uso de las cláusulas abusivas muy presente en este ámbito, de modo que en ocasiones se buscaba también de algún modo cierta penalización al prestamista por el uso predispuerto y abusivo de esa cláusula.

Ahora cabe entender que con esta STJUE de 16 de julio de 2020 se ha puesto la atención más en reequilibrar la situación y los derechos y obligaciones

de las partes que se habían desequilibrado de modo importante al introducir la cláusula abusiva; atender a la situación que existiría de no haberse incluido esa cláusula de conformidad con la regulación existente para el caso de falta de pacto sobre la materia y que se presume atiende y busca un equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Se atiende únicamente a lo que desde hace tiempo ciertamente se advertía en la doctrina del TJUE del deber de restablecer la situación de hecho y de Derecho que correspondería al consumidor de no existir esa cláusula anulada²². Como se señaló en la STJUE de 26 de enero de 2017 (caso *Banco Primus*, C-421/14) el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE es «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». De ahí que se ponga especial énfasis en concretar la restitución únicamente de los importes «indebidamente abonados» por el prestatario y que debió asumir el prestamista, reequilibrando sin más la situación desequilibrada, sin perjudicar a ninguna de las partes.

Pero a diferencia de otros casos y SSTJUE anteriores no se observa en esta STJUE de 16 de julio de 2020 (ni tampoco en la doctrina del Tribunal Supremo que se ha comentado y que viene avalada ahora por el TJUE) atención al efecto disuasorio del uso de la cláusula abusiva para el prestamista; o al menos, no la atención que hasta ahora se estaba teniendo. Y es que, de conformidad con esta nueva doctrina en el caso de la cláusula de gastos, al anularse la cláusula y aplicarse el Derecho supletorio realmente el prestamista no sufre ningún perjuicio; si la única consecuencia es que se aplique el Derecho supletorio si el consumidor se decide a demandar instando la nulidad de la cláusula, siendo el Derecho supletorio aplicable favorable (en todo o en parte) al prestamista predisponente, este no pierde nada al «colocar» esa cláusula abusiva: si el consumidor no demanda se aplica esa cláusula favorable al prestamista; si demanda y se anula la cláusula se le aplica no obstante un Derecho supletorio que le sería aplicable de no haber incluido ninguna cláusula sobre esa materia, por lo que el prestamista se quedaría en la misma posición, no «pierde» nada por incluir esa cláusula abusiva aunque luego se declare nula; por tanto, en tal sentido puede decirse que no se desincentiva el uso de la cláusula abusiva con esta decisión. Simplemente se resuelve la situación reequilibrando la situación y eliminando ese injusto equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes buscando un equilibrio efectivo y real, sin perjudicar a ninguna de las partes, atendiendo a lo que viene previsto en las leyes (que se presumen justas o buscando la justicia y equilibrio)²³.

Ahora bien, quizás la cuestión ahora estriba en cómo concretar esos efectos disuasorios y lo que se está haciendo por el TJUE con esta Sentencia de 16 de julio de 2020 (y también el Tribunal Supremo desde las Sentencias de 23 de enero de 2019) es precisamente cambiar el enfoque dado hasta ahora a la búsqueda y concreción del efecto disuasorio en el uso de cláusulas abusivas.

La doctrina del TJUE y el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE propugnan el uso de mecanismos que eviten y disuadan del uso de cláusulas abusivas; se impone a los Estados miembros la obligación de velar para que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores; efectivamente resulta necesario procurar mecanismos disuasorios en el uso de determinadas cláusulas como condiciones generales predispuestas e impuestas sin negociación individual para así frenar estas malas prácticas y abusos.

Pero esos medios realmente no tienen por qué ubicarse en sede de resolución de controversias privadas y decisión sobre la concreción de los efectos restitutorios de las declaraciones de nulidad²⁴. Los medios disuasorios en el uso de las cláusulas abusivas pueden consistir en sanciones administrativas, penalizaciones o multas a los prestamistas que las usen, especialmente elevadas y estrictas en caso de reincidencia en el uso de una cláusula abusiva por un mismo profesional. E incluso, atendiendo a la decisión de la propia STJUE de 16 de julio de 2020 y de la reciente STS número 472/2020, de 17 de septiembre, un efecto disuasorio también podría verse en la imposición de las costas íntegras del proceso al prestamista por el hecho de declararse nula por abusiva la cláusula correspondiente, con independencia del carácter total o parcial de la restitución de los importes debidos al consumidor (a esta cuestión haré referencia más completa en un apartado posterior en este trabajo). Y también cabría atender a la imposición de intereses en la devolución de esos importes al consumidor que se devengarían desde el momento del pago realizado por este y hasta su concreta restitución, que bien podría fijarse, con fines disuasorios precisamente, en un tipo de interés superior al del interés legal, a modo de concreción de una indemnización de daños y perjuicios al consumidor por ese uso de la cláusula abusiva de modo predispuesto en el contrato, vulnerando la Directiva 93/13/CEE.

Cabe mencionar a este respecto cómo la Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019 (que, además de otras directivas, modifica la Directiva 93/13/CEE en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión) advierte de la existencia de lagunas en el Derecho nacional por lo que se refiere a sanciones verdaderamente efectivas y proporcionadas para disuadir y castigar las infracciones dentro de la Unión, así como una insuficiencia de medidas correctoras individuales. Señala que en la Directiva 93/13/CEE deben incluirse normas relativas a sanciones con miras a reforzar su efecto disuasorio y en tal sentido ha añadido un nuevo artículo 8 ter en esa Directiva 93/13/CEE que recoge la obligación de los Estados miembros de establecer un régimen sancionador con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias; prevé una serie de criterios no exhaustivos e indicativos para la imposición de sanciones; y alude especialmente a la imposición de multas.

3. EFECTOS RESTITUTORIOS ANTE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS TRAS LA STJUE DE 16 DE ENERO DE 2020

Por tanto, tal y como se ha señalado, en el marco de la concreción de los efectos restitutorios ante la declaración de nulidad de la cláusula de gastos deberá atenderse a lo que nuestro Derecho nacional de aplicación supletoria prevé.

Un Derecho nacional supletorio, eso sí, que, en este caso de los gastos, para su aplicación ha necesitado de una interpretación de las normas por los tribunales no exenta de controversia (aún no del todo aclarada ni pacífica) para concretar esa distribución de los gastos entre las partes, tal y como se ha indicado en anteriores apartados de este trabajo.

Procederé a concretar cuál es la situación actual en cuanto a esa distribución entre las partes de los principales gastos vinculados al contrato de préstamo hipotecario²⁵:

A. *Gastos notariales*

En este punto hay que distinguir entre:

i) Los contratos a los que les sea aplicable la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI), en los que, conforme al artículo 14.1.e) de la referida LCCI, los aranceles notariales de la escritura de constitución de préstamo hipotecario serán asumidos por el prestamista y los de las copias los asumirá quien las solicite.

ii) Aquellos contratos a los que no les resulta aplicable esa LCCI, a los que se les aplicará la doctrina del Tribunal Supremo interpretando la norma sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los notarios. Y tal doctrina actualmente atendiendo a sus Sentencias de 23 de enero de 2019 (cuya doctrina se ha reiterado en SSTS núm. 457/2020, de 24 de julio, núm. 465/2020, de 14 de septiembre, núm. 555/2020, de 26 de octubre, y núm. 619/2020, de 17 de noviembre), señala que los gastos notariales de otorgamiento de la escritura pública de hipoteca corresponden a ambas partes por mitad por ser ambos sujetos interesados. Una interpretación que cabe considerar errónea pues esa norma sexta de aranceles notariales indica en primer término que el criterio de atribución del gasto supondrá la obligación de pago por quienes «hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del notario»; y a este respecto en la práctica es la entidad bancaria quien le requiere de la prestación de servicios y le remite la minuta a tramitar. Igualmente, atendiendo al criterio de «interesado» al que también se alude en esa norma sexta, el principal interesado desde el punto de vista sustantivo y fiscal en el otorgamiento de la escritura es el prestamista, pues esa escritura pública es requisito necesario para la constitución de la garantía y esa garantía existe y se inscribe en su favor (de ahí que coherentemente los gastos registrales se deban abonar por el prestamista íntegramente; criterio acogido sin ningún tipo de duda por el Tribunal Supremo; e incluso que razonablemente, y aun tras mucha polémica, se haya establecido ya expresamente como sujeto pasivo del IAJD al prestamista). Por ello entiendo que debieran restituirse al prestatario el 100 % de los gastos notariales de formalización de la hipoteca, como así consideró también el legislador al aprobar la LCCI²⁶.

iii) Con respecto a la escritura de cancelación de hipoteca, si como suele ser lógico esa actuación notarial es instada por el prestatario, quien además es el principal interesado en liberar el bien del gravamen, sería este quien debiera asumir el coste total atendiendo a esa norma sexta de aranceles notariales. Así lo han apuntado también las SSTS número 555/2020, de 26 de octubre, y número 619/2020, de 17 de noviembre.

iv) En el caso de la modificación del préstamo, habría que atender a quien insta esa actuación notarial y es interesado en la modificación concreta de que se trate: atendiendo a esa norma sexta de los aranceles notariales sería entonces una u otra parte o las dos, según el caso. Sin embargo, las SSTS número 555/2020, de 26 de octubre, y número 619/2020, de 17 de noviembre, acogen el mismo criterio que fue asumido por nuestro alto tribunal para la escritura de constitución de la hipoteca, y afirma que ambas partes deben asumir la mitad de los gastos generados, «puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación».

v) Con respecto a las copias de escrituras relacionadas con el préstamo, para los casos de préstamos no contemplados en la LCCI el Tribunal Supremo acoge

el mismo criterio indicado en esta Ley, de modo que «deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés» (SSTS número 555/2020, de 26 de octubre, y número 619/2020, de 17 de noviembre).

B. Gastos registrales

En esta partida de gastos no se ha planteado controversia: deberían restituirse al consumidor el importe íntegro abonado por este concepto. De conformidad con lo señalado en las SSTS de 23 de enero de 2019 atendiendo a la interpretación que hace del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, en su norma octava de su Anexo II, considerando que el sujeto a favor de quien se inscribe el derecho de hipoteca (único derecho inscribible en esta operación) es el prestamista, será a este a quien le corresponde abonar los gastos de inscripción de la hipoteca. Este mismo criterio es el que se ha asumido en el artículo 14.1.e) de la LCCI.

Para el caso de cancelación registral, cabe entender que como el asiento se practica en favor del prestatario este deberá asumir el gasto total (teniendo en cuenta esa norma octava de los aranceles registrales).

C. IAJD

i) Para los préstamos hipotecarios celebrados con anterioridad al 10 de noviembre de 2018 (anteriores a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 17/2018, de 8 de noviembre, que modificó el artículo 29 LITPyAJD), de conformidad con lo señalado por el Tribunal Supremo interpretando la normativa del ITPyAJD, de una forma polémica y errónea como se indicó *ut supra* en este trabajo, debe considerarse como sujeto pasivo del impuesto al prestatario y, por tanto, sería él quien debe asumir el coste del impuesto. Erróneamente, a mi juicio, primero porque el mismo Tribunal Supremo por su Sala Tercera determinó la nulidad del artículo 68 RITPyAJD y esa nulidad es con plenos efectos; y erróneamente también porque precisamente el artículo 29 LITPyAJD aun antes de su modificación apoyaba la postura contraria: que sea el prestamista quien deba asumir el coste por ser él quien adquiere el derecho de hipoteca que se constituye con la escritura que motiva ese impuesto y, a mayor abundamiento, aquel en cuyo interés se expide ese documento notarial.

ii) En el caso de los préstamos hipotecarios posteriores al 10 de noviembre de 2018 el sujeto pasivo del impuesto y quien deba asumir el coste del mismo será el prestamista. Lo mismo que en los préstamos hipotecarios a los que les sea aplicable la LCCI.

D. Gastos de gestoría

i) En el caso de préstamos a los que les sea aplicable la LCCI, estos gastos corresponderán al prestamista en su totalidad [cfr. art. 14.1.e) de la LCCI y SSTS número 555/2020, de 26 de octubre, y número 619/2020, de 17 de noviembre].

ii) En el resto de préstamos hipotecarios, si no les es aplicable la LCCI por no encontrarse en su ámbito de aplicación objetivo y temporal, no hay norma

que regule este aspecto, por lo que no hay imposición alguna de asunción de tal gasto por el consumidor en nuestro Derecho supletorio. Ante la falta de norma que regule este aspecto en la práctica habrá que atender a criterios jurisprudenciales resolviendo esta cuestión. Y a este respecto, cabe tener en cuenta que las SSTs número 555/2020, de 26 de octubre, y número 619/2020, de 17 de noviembre, atendiendo a contratos de préstamo a los que temporalmente no les sería aplicable la LCCI, acogen, no obstante, en relación a los gastos de gestoría el mismo criterio asumido por esta Ley en su art. 14.1.e), y determina que tales gastos deberán ser asumidos totalmente por el prestamista.

E. Gastos de tasación

i) En el caso de préstamos a los que les sea aplicable la LCCI, estos gastos de tasación corresponderán al prestatario en su totalidad [art. 14.1.e) de la LCCI].

ii) En el resto de préstamos hipotecarios, si no les es aplicable la LCCI, dado que no hay norma específica que concrete quien debe asumir el gasto se estará a la apreciación del tribunal²⁷, sin que aún se haya fijado una doctrina concreta por el Tribunal Supremo en relación a estos gastos, si bien se espera que pronto resuelva al respecto y tal vez se decante por la misma solución acogida en la LCCI, como ya hizo con los gastos de gestoría.

IV. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN Y COSTAS PROCESALES SEGÚN LA STJUE DE 16 DE JULIO DE 2020

Analizada la principal cuestión relativa a la cláusula de los gastos hipotecarios, procederé brevemente a comentar otras dos cuestiones que resuelve el TJUE en la Sentencia de 16 de julio de 2020 y que también son de gran relevancia práctica.

1. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DE CANTIDADES ABONADAS INDEBIDAMENTE

En esta materia la STJUE de 16 de julio de 2020 admite la posibilidad de que en el Derecho nacional, junto con la consideración de que es imprescriptible la acción de nulidad de una cláusula abusiva, coexista la previsión de un plazo de prescripción al que esté sujeta la acción para exigir la restitución de las cantidades oportunas consecuencia de esa declaración de nulidad por abusiva; ahora bien, también advierte que de preverse ese plazo de prescripción, siempre deberán respetarse los principios de equivalencia y de efectividad del Derecho comunitario europeo.

Concluye a este respecto el TJUE que no es contrario a los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE prever un plazo de prescripción para el ejercicio de la acción para exigir los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de la cláusula abusiva, pero «siempre que ni el momento en que ese plazo comienza a correr ni su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución».

Como el plazo que se planteaba aplicar por el juzgado que instó la cuestión prejudicial era el de cinco años previsto en el artículo 1964 del Código civil, entiende el TJUE que ese plazo es conforme con el principio de efectividad, por cuanto ya en anteriores ocasiones se consideró acorde con tal principio plazos de dos y

tres años (STJUE de 15 de diciembre de 2011, caso *Banca Antoniana*, C-427/10 y STJUE de 15 de abril de 2010, caso *Barth*, C-542/08), de modo que no parece que ese plazo haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos del consumidor reconocidos por la Directiva 93/19/CEE, y en concreto, el derecho a ser restituido en las cantidades indebidamente abonadas.

Pero indicado esto, cuestión distinta es la relativa al *dies a quo* de ese plazo de prescripción de la acción para instar la restitución de las cantidades debidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula. El TJUE exactamente no concreta cuál debe ser ese día. El TJUE advierte que establecer ese día de inicio del plazo de prescripción en la fecha de celebración del contrato lógicamente podría hacer excesivamente difícil el ejercicio de tal acción. Debe tenerse en cuenta que el consumidor en muchos casos ni conocerá que en su contrato existe tal cláusula abusiva o desconocerá en qué medida tiene derechos al respecto y al amparo de la Directiva 93/13/CEE, pero, en cualquier caso, los conozca o no, entiende oportunamente el TJUE que limitar el ejercicio de la acción de restitución a los cinco primeros años desde la firma del contrato llevaría a hacer excesivamente difícil el ejercicio de sus derechos restitutorios reconocidos por la Directiva 93/13/CEE y con ello se vulneraría el principio de efectividad en relación con el principio de seguridad jurídica.

Como puede observarse el TJUE deja en manos de nuestro legislador y nuestros tribunales la concreción de ese día de inicio del cómputo del plazo atendiendo a la normativa nacional que debiera responder a los principios de efectividad y seguridad jurídica.

El punto de partida en nuestro Derecho ahora mismo, y a la espera de que se regule mejor esta cuestión para sentar un criterio claro entre nuestros tribunales, es el artículo 1969 del Código civil que establece como regla general que los plazos de prescripción empezarán a contar desde el día en que pudo ejercitarse la acción; y asimismo cabe tener en cuenta que, según el artículo 1964.2 del Código civil, el plazo de cinco años comenzará desde que pudo exigirse el cumplimiento de la obligación (en este caso de gastos, la restitución de los importes debidos a raíz de la declaración de nulidad de la cláusula). Son preceptos que deberán interpretarse oportunamente para que no supongan una merma ni dificultad al consumidor en el ejercicio de esos derechos restitutorios.

¿Cuál sería el *dies a quo* más oportuno para ese plazo de prescripción en el caso de la nulidad de la cláusula de gastos? Se pueden tomar en consideración varias posibilidades²⁸ como indicaré a continuación, pero partiendo de esos artículos 1969 y 1964.2 del Código civil y los principios de efectividad y seguridad jurídica en el ámbito del ejercicio de derechos reconocidos por la Directiva 93/13/CEE, a mi juicio el *dies a quo* debería fijarse en la fecha de notificación a cada consumidor de la sentencia que declare nula por abusiva la cláusula de gastos en su concreto préstamo, como justificaré a continuación. ¿Qué criterios posibles hay?:

a) La fecha del contrato o la fecha del pago de los gastos por el consumidor: cualquiera de estos criterios no me parecen los más adecuados, especialmente teniendo en cuenta lo indicado por el TJUE en esa Sentencia de 16 de julio de 2020, pues cinco años tras cualquiera de esas fechas limitaría y dificultaría mucho el ejercicio efectivo de la acción restitutoria en plazo.

b) La fecha de publicación de la STS de 23 de diciembre de 2015. El problema de este criterio, a mi juicio, es que realmente en esta sentencia, aunque sí que se determinó la nulidad de la cláusula de gastos por abusiva, no se concretaron los posibles conceptos e importes objeto de restitución, y no cabe olvidar que

estamos hablando de una acción de restitución y no de una acción de nulidad (que es imprescriptible); no es hasta las SSTS de 23 de enero de 2019 que se concretaron esos efectos restitutorios fijando doctrina al respecto; de modo que atendiendo al principio de efectividad del Derecho comunitario en los términos indicados por el TJUE en esa Sentencia de 16 de julio de 2020, buscando no limitar o hacer excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de esos derechos de restitución, esta fecha sería demasiado estricta.

c) La fecha de publicación de las SSTS de 23 de enero de 2019 (la de la última de ellas), que entiendo un criterio preferible al anterior, pues estas resoluciones concretan más específicamente qué conceptos pueden exigirse en restitución y, como he indicado antes, no debe olvidarse que estamos hablando del día de inicio de la prescripción de la acción de restitución de importes, no de la acción de declaración de nulidad, que es imprescriptible y es el único pronunciamiento emitido por la STS de 23 de diciembre de 2015; la posible restitución de ciertos importes se concretó como doctrina jurisprudencial a partir de las SSTS de 23 de enero de 2019 de modo que, a lo sumo, sería desde entonces que el consumidor podría conocer de modo genérico y en abstracto que podría tener derecho a que se le restituyan determinados importes por gastos abonados indebidamente.

d) La fecha de notificación de la sentencia declarando nula por abusiva la concreta cláusula del concreto préstamo del consumidor que insta la restitución de las cantidades indebidamente abonadas por esa cláusula de gastos. Es el criterio que me parece más apropiado teniendo en cuenta que actualmente se sigue exigiendo en la práctica que cada consumidor inste la declaración de nulidad de su concreta cláusula de gastos; no hay una declaración de abusividad generalizada ni se permite sin más en la práctica la extensión de efectos de las SSTS de 23 de diciembre de 2015 o las de 23 de enero de 2019. Se está exigiendo la previa (o simultánea en la misma sentencia y proceso) declaración de nulidad de la concreta cláusula como abusiva, por lo que entonces se viene a considerar que no toda cláusula de gastos es abusiva *per se* sino que debe analizarse caso por caso esa abusividad (aunque ya mayoritariamente los tribunales declaran esa nulidad por abusiva); por lo tanto, lo procedente y coherente es que hasta que no se declare esa abusividad no se puede considerar que pueden reclamarse los importes indebidamente abonados ni nace la obligación de restitución en concreto; ese carácter indebido no nace hasta que se declare la cláusula como abusiva; de modo que hasta entonces no puede iniciarse el plazo de prescripción de la acción de restitución. Cierto es que en la práctica suelen ejercitarse ambas acciones de nulidad y de restitución simultáneamente, pero ese ejercicio simultáneo obedece a razones de economía procesal y nada obsta a que efectivamente se reconozcan y tramiten ambas acciones; en cuyo caso, ejercitada la acción restitutoria para cuando se declara la abusividad de la norma puede decidirse sobre tal acción y los importes a devolver al consumidor. Pero si se ejercitaran por separado, cabría atender a este criterio indicado: desde la notificación de la sentencia declarando la nulidad de la cláusula de gastos abusiva existirían cinco años para reclamar los importes indebidamente abonados en virtud de esa cláusula.

Si nuestro ordenamiento reconociera con mayor generalidad y automaticidad esa declaración como abusiva de las cláusulas de gastos sin necesidad de instar esa declaración individualmente con carácter previo o simultáneo a esa reclamación de restitución de cantidades, cabría atender al criterio de fijar el *dies a quo* en la publicación de la STS de 23 de diciembre de 2015 o, más oportunamente a mi juicio como he indicado antes, la publicación de las SSTS de 23 de enero de 2019 (en concreto la de la última de ellas). Pero como en la práctica no es así,

considero más coherente con la situación actual y con los principios comunitarios de efectividad y seguridad jurídica este criterio de señalar como *dies a quo* la fecha de notificación de la concreta sentencia declarando la abusividad de la concreta cláusula de gastos.

2. COSTAS PROCESALES EN LOS PROCESOS SEGUIDOS POR CLÁUSULAS ABUSIVAS

La STJUE de 16 de julio de 2020 por último atendió a otra cuestión prejudicial que planteaba la compatibilidad con el Derecho comunitario europeo el que se determinase la distribución de las costas procesales de un procedimiento tramitado en relación con la nulidad de una cláusula abusiva y con posible restitución de cantidades al consumidor, atendiendo a las cantidades que le restituyan pese a que la pretensión de nulidad por ser abusiva la cláusula se hubiera estimado.

El TJUE advierte que «condicionar el resultado de la distribución de las costas de un procedimiento de esa índole únicamente a las cantidades indebidamente pagadas y cuya restitución se ordena puede disuadir al consumidor de ejercer tal derecho debido a los costes que implica una acción judicial (véase, en este sentido, la Sentencia de 13 de septiembre de 2018, Profi Credit Polska, C-176/17, EU:C:2018:711, apartado 69)». Por ello considera que iría en contra de los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE y del principio de efectividad el imponer al consumidor parte de las costas procesales en función de las cantidades que efectivamente se condene a ser restituidas por una cláusula declarada abusiva, dado que ello supondría un «obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales».

De esto cabe deducir que, si la cláusula se declara nula por abusiva, pese a que después en ese mismo proceso y sentencia se determine que no todos los gastos abonados como consecuencia de la cláusula luego declarada abusiva sean restituidos al consumidor sino solo algunos de ellos, las costas del proceso deberían imponerse íntegramente al prestamista, sin que el consumidor deba soportar nada al respecto.

Esto, además de lo que señala expresamente el TJUE de que no desincentivaría al consumidor para acudir a los tribunales para poner freno a esos abusos, claramente puede considerarse también un efecto disuasorio para el prestamista en el uso de cláusulas abusivas.

A esta doctrina se suma también en esta materia y con efectos también disuasorios la expuesta por la STS número 472/2020, de 17 de septiembre, que advierte que no se podrá utilizar el criterio de «serias dudas de hecho o de derecho» para excepcionar el criterio general de vencimiento objetivo en el marco de la imposición de las costas en procesos sobre cláusulas suelo. Esta decisión se adopta en atención a que debe respetarse el principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea, que exige dar cumplimiento a otros dos principios: el de no vinculación de los consumidores a las cláusulas abusivas (art. 6.1 de la Directiva 93/13 CEE) y el del efecto disuasorio del uso de cláusulas abusivas en los contratos no negociados celebrados con los consumidores (art. 7.1 de esa misma Directiva); y en tal sentido, con referencia a la STS número 419/2017, de 4 de julio, el Tribunal Supremo entiende que la regla general del vencimiento en materia de costas procesales favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión y, en cambio, la salvedad a dicha regla general supone un obstáculo para la aplicación de ese mismo principio. En consecuencia, y

aludiendo a la STJUE de 16 de julio de 2020, el Tribunal Supremo señala que de imponerse las costas al consumidor prestatario (vencedor en el litigio) bajo ese criterio de «serias dudas de hecho o de derecho», se produciría «un efecto disuasorio inverso, pues no se disuadiría a los bancos de incluir las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, sino que se disuadiría a los consumidores de promover litigios por cantidades moderadas». Entiende el Tribunal Supremo que no se restablecería la situación de hecho y de derecho que se habría dado si no hubiera existido la cláusula abusiva y, por tanto, el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos.

V. CONCLUSIONES

I. El TJUE ha modificado su doctrina sobre la prohibición de la integración de los contratos eliminando las dos condiciones que conjuntamente hasta ahora exigía de modo estricto e inexcusable para permitir tal integración: que fuera necesario para la subsistencia del contrato y evitar un perjuicio mayor al consumidor.

II. Con la STJUE de 16 de julio de 2020 se afirma que se podrá integrar el contrato cuando se declare abusiva la cláusula de gastos aplicando el Derecho supletorio nacional que regula esa materia. Y ello como efecto del restablecimiento al consumidor en la situación que existiría de no haberse incluido esa cláusula abusiva en el contrato.

III. Sin embargo, en materia de distribución de gastos el Derecho supletorio nacional es objeto de interpretación de cara a su aplicación, existiendo aún posturas controvertidas y discrepantes.

IV. Con esta doctrina el TJUE pone la atención en el restablecimiento del equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes roto con la inclusión de esa cláusula abusiva. Pero se obvia en este ámbito el necesario efecto disuasorio para el prestamista del uso de cláusulas abusivas: la STJUE de 16 de julio de 2020 no alude a él ni busca ni concreta su aplicación. El TJUE ya no ubica los medios disuasorios en el ámbito de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula abusiva, sino que se centra en reequilibrar la situación desequilibrada con la cláusula abusiva, sin buscar el perjuicio de ninguna parte. Podría, sin embargo, acudir a otros mecanismos desincentivadores del uso de las cláusulas abusivas como multas y otras sanciones administrativas en el ámbito del desarrollo de la actividad profesional del prestamista, más elevadas y estrictas en atención a la reincidencia del sujeto en el uso de la cláusula abusiva; otros medios disuasorios podrían ser la imposición de intereses más elevados que el interés legal del dinero sobre los importes que deban restituirse al prestatario, o la total imposición de las costas al prestamista ante la declaración de abusividad y nulidad de la cláusula, con independencia de las cantidades objeto de efectiva restitución al consumidor.

V. El plazo de prescripción de la acción de restitución de cantidades indebidamente abonadas en virtud de una cláusula abusiva podría ser el de cinco años *ex artículo 1964 del Código civil*, pues no contradice el principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea. Pero el *dies a quo* de ese plazo se deberá concretar teniendo en cuenta que no debe impedir ni dificultar excesivamente el ejercicio efectivo por el consumidor de los derechos reconocidos por la Directiva 93/13/CEE. A mi juicio, en el caso de la restitución de las cantidades indebidamente

abonadas por la cláusula de gastos declarada nula, el *dies a quo* del plazo de prescripción debería ser la fecha de notificación de la sentencia declarando nula por abusiva la concreta cláusula del concreto préstamo del consumidor que insta la restitución de las cantidades indebidamente abonadas por esa cláusula de gastos.

VI. En materia de costas procesales, cabe advertir que el TJUE avala la imposición de las costas íntegramente al prestamista cuando se declare la nulidad de la cláusula abusiva, y ello con independencia de los importes a cuya restitución se condene al prestamista. Además, la STS número 472/2020, de 17 de septiembre, advierte que no se podrá atender al criterio de «serias dudas de hecho o de derecho» para excepcionar el principio de vencimiento objetivo en la imposición de costas en los procesos seguidos por cláusulas abusivas cuando se haya estimado la demanda del consumidor.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STJUE de 14 de junio de 2012 (caso *Banesto*, C-618/2010).
- STJUE de 30 de mayo de 2013 (caso *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C-488/11).
- STJUE de 30 de abril de 2014 (caso *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13).
- STJUE de 21 de enero de 2015 (casos acumulados *Unicaja y Caixabank*, C-482/13, C-484-13, C-485/13 y C-487/13).
- STJUE de 21 de diciembre de 2016 (casos acumulados *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15).
- STJUE de 26 de enero de 2017 (caso *Banco Primus*, C-421/14).
- STJUE de 20 de septiembre de 2017 (caso *Andriciuc y otros*, C-186/16).
- STJUE de 31 de mayo de 2018 (caso *Zsolt Sziber y ERSTE Bank Hungary Zrt.*, C-483/2016).
- STJUE de 7 de agosto de 2018 (casos acumulados *Mercedes Godoy y otro*, C-96/16 y C-94/17).
- STJUE de 26 de marzo de 2019 (casos acumulados *Abanca Corporación Bancaria y Bankia*, C-70/17 y C-179/17).
- STJUE de 3 de octubre de 2019 (caso *Dziubak*, C-260/18).
- STJUE de 3 de marzo de 2020 (caso *Gómez del Moral Guasch*, C-125/18).
- STJUE de 16 de julio de 2020 (casos acumulados *Caixabank y BBVA*, C-224/19 y C-259/19).
- STS núm. 705/2015, de 23 de diciembre.
- STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre.
- STS núm. 669/2017, de 14 de diciembre.
- STS núm. 147/2018, de 15 de marzo.
- STS núm. 148/2018, de 15 de marzo.
- STS núm. 1669/2018, de 27 de noviembre.
- STS núm. 1670/2018, de 27 de noviembre.
- STS núm. 1671/2018, de 27 de noviembre.
- STS núm. 725/2018, de 19 de diciembre.
- STS núm. 44/2019, de 23 de enero.
- STS núm. 46/2019, de 23 de enero.
- STS núm. 47/2019, de 23 de enero.
- STS núm. 48/2019, de 23 de enero.
- STS núm. 49/2019, de 23 de enero.
- STS núm. 457/2020, de 24 de julio.

- STS núm. 465/2020, de 14 de septiembre.
- STS núm. 472/2020, de 17 de septiembre.
- STS núm. 555/2020, de 26 de octubre.
- STS núm. 619/2020, de 17 de noviembre.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTÍZ, A. (2017). Análisis crítico de las últimas sentencias relativas a la cláusula de gastos y anexo jurisprudencial (hasta julio 2017). *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 22, 52-85 (disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1435>; fecha de última consulta: 9 de septiembre de 2020).
- (2020). Cláusula de gastos en la STJUE de 16.7.2020: ¿más gastos restituibles; extensión del plazo para instar la restitución y condena en costas si la cláusula se declara abusiva?, *Centro de Estudios de Consumo*. 24 de julio de 2020 (disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Clausula_de_gastos_en_la_STJUE_de_16.7.2020.pdf; fecha de última consulta: 9 de septiembre de 2020).
- (2019). Nuevamente dando esquinazo a la Directiva 93/13/CEE: comisión de apertura y restitución de gastos. Comentario a las SSTs 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero. *Centro de Estudios de Consumo*. 30 de enero de 2019 (disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Nuevamente_dando_esquinazo_a_la_Directiva_93_13CEEcomision_de_apertura_y_restitucion_de_gastos.pdf; fecha de última consulta: el 9 de septiembre de 2020).
- (2016). Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: no son sólo abusivos los gastos comprendidos en la STS de 23 de diciembre de 2015 (gastos, efectos y plazos). *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 20, 8-36. (disponible en <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1245>; fecha de última consulta: 9 de septiembre de 2020).
- (2017). Nulidad Cláusula de Gastos II: ¿a quién corresponde cada gasto en virtud del Derecho supletorio. *Centro de Estudios de Consumo*. 27 de enero de 2017 (disponible en <http://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/images/artic6mz/Nulidad-clausula-de-gastos.pdf>; fecha de última consulta: 9 de septiembre de 2020).
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2020). Luxemburgo se rinde: la cláusula abusiva declarada nula se sustituye por el derecho aplicable en defecto de pacto. En *Blog Derecho Mercantil*, 16 de julio de 2020. Disponible en <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2020/07/luxemburgo-se-rinde-la-clausula-abusiva.html> (fecha de última consulta: 10 de septiembre de 2020).
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2018). *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios*. Madrid: ed. Reus.
- (2017). La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gasto y la restitución de los gastos abonados. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 22, 86-99 (disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1436>; fecha de última consulta: el 22 de septiembre de 2020).
- MATE SATUÉ, L.C. (2019). Transparencia y abusividad de la cláusula de gastos en los préstamos para adquisición de vivienda (análisis de la situación anterior y posterior a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 772, 921-954.
- 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*, núm. 765, 143-192.

- PANTALEÓN PRIETO, F. (2020). De nuevo sobre la consecuencia jurídica de la declaración de abusividad de una cláusula no negociada individualmente (I). *Almacén de Derecho*. 22 de marzo de 2020. Disponible en <https://almacenederecho.org/de-nuevo-sobre-la-consecuencia-juridica-de-la-declaracion-de-abusividad-de-una-clausula-no-negociada-individualmente-i> (fecha de última consulta: 13 de septiembre de 2020).
- (2020). De nuevo sobre la consecuencia jurídica de la declaración de abusividad de una cláusula no negociada individualmente (II). *Almacén de Derecho*. 6 de abril de 2020. Disponible en <https://almacenederecho.org/de-nuevo-sobre-la-consecuencia-juridica-de-la-declaracion-de-abusividad-de-una-clausula-no-negociada-individualmente-ii> (fecha de última consulta: 13 de septiembre de 2020).
- (2020). De nuevo sobre la consecuencia jurídica de la declaración de abusividad de una cláusula no negociada individualmente (III). *Almacén de Derecho*. 19 de abril de 2020. Disponible en <https://www.uria.com/es/publicaciones/6944-de-nuevo-sobre-la-consecuencia-juridica-de-la-declaracion-de-abusividad-de-una-c> (fecha de última consulta: 13 de septiembre de 2020).
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2016). Juicio crítico a la declaración del carácter abusivo de la cláusula que en préstamos hipotecarios impone los gastos del otorgamiento 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. 1, 93-99.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2020). Cláusula IRPH en préstamos hipotecarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 779, 1837-1855.
- (2019). *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ZUMAQUERO GIL, L. (2018). La nulidad de la cláusula de gastos de los préstamos hipotecarios. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 2, 149-191.

NOTAS

¹ Lógicamente no es desafortunado, sino todo lo contrario, el contar con una instancia como el TJUE que pueda clarificar la situación y la aplicación correcta del Derecho ajustado a las propias normas comunitarias como la Directiva 93/13/CEE.

² MARÍN LÓPEZ alude a la posible comisión de una errata en este punto por el Tribunal Supremo; errata que ya afirmó que existía la SAP de A Coruña (sec. 4.ª) de 26 de enero de 2017: MARÍN LÓPEZ, M.J. (2018). *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios*. Madrid: ed. Reus, 51.

³ *Vid.*, entre otros, MATE SATUÉ, L.C. (2019). Transparencia y abusividad de la cláusula de gastos en los préstamos para adquisición de vivienda (análisis de la situación anterior y posterior a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 772, 925 y 937-939; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2016). Juicio crítico a la declaración del carácter abusivo de la cláusula que en préstamos hipotecarios impone los gastos del otorgamiento 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. 1, 94-96; y MARÍN LÓPEZ, M.J. (2018). *La nulidad...*, *op. cit.*, 88-89.

⁴ Exactamente, en la STS número 147/2018, de 15 de marzo, se señala: «una cláusula que cargue indiscriminadamente el pago de todos los tributos al prestatario, sin distinción o salvedad alguna, puede ser abusiva, por aplicación analógica del artículo 89.3 c) TRLGCU, que en los contratos de compraventa de viviendas considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario;

dado que los préstamos sirven para financiar esa operación principal que es la adquisición de la vivienda».

⁵ Así lo critica MARÍN LÓPEZ, M.J. (2018). *La nulidad...*, *op. cit.*, 87 y sigs. En igual sentido, MATE SATUÉ, L.C. (2019). *Transparencia y abusividad...*, *op. cit.*, 925 y 938.

⁶ A este respecto, PERTIÑEZ VÍLCHEZ, se muestra crítico con el Tribunal Supremo por cuanto entiende que estas cláusulas deben ser objeto de control de transparencia (PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F. (2016). *Juicio crítico...*, *op. cit.*, 96-99). En contra de tal sujeción en este caso está MARÍN LÓPEZ por tratarse de una cláusula no relativa al objeto esencial del contrato, siendo meramente accesorio (MARÍN LÓPEZ, M.J. (2018). *La nulidad...*, *op. cit.*, 177-188); tampoco se muestra partidario en estas cláusulas de gastos de la aplicación del control de transparencia, MORENO-TORRES HERRERA, quien advierte de la escasa relevancia que cabe atribuir a la cláusula a la hora de adoptar la decisión de contratar, dada la reducida cuantía de los gastos, así como el hecho de que la atribución de los gastos notariales y registrales es muy común y no es un elemento que influya en esa decisión de contratar con una u otra entidad bancaria (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*, núm. 765, 172-177 y 181-182). *Vid.*, asimismo, ZUMAQUERO GIL, L. (2018). La nulidad de la cláusula de gastos de los préstamos hipotecarios. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 2, 155 y sigs.

⁷ *Vid.* AGÜERO ORTÍZ, A. (2016). Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: no son solo abusivos los gastos comprendidos en la STS de 23 de diciembre de 2015 (gastos, efectos y plazos). *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 20, 10 y sigs. (disponible en <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1245>; fecha de última consulta: 9 de septiembre de 2020).

⁸ Un interesante análisis crítico de las distintas resoluciones de la jurisprudencia menor relacionadas con la cláusula de gastos puede verse en AGÜERO ORTÍZ, A. (2017). Análisis crítico de las últimas sentencias relativas a la cláusula de gastos y anexo jurisprudencial (hasta julio 2017). *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 22, 53 y sigs. (disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1435>; fecha de última consulta: 9 de septiembre de 2020); igualmente, *vid.* MARÍN LÓPEZ, M.J. (2018). *La nulidad...*, *op. cit.*, 60-87, 99-108, 127-154, 161-188 y 293-452. Asimismo, en relación con la distribución de gastos según la normativa supletoria nacional, *Vid.*, entre otros, MATE SATUÉ, L.C. (2019). *Transparencia y abusividad...*, *op. cit.*, 927 y sigs.; AGÜERO ORTÍZ, A. (2017). Nulidad Cláusula de Gastos II: ¿a quién corresponde cada gasto en virtud del Derecho supletorio. *Centro de Estudios de Consumo*. 27 de enero de 2017 (disponible en <http://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/images/artic6mz/Nulidad-clausula-de-gastos.pdf>; fecha de última consulta: 9 de septiembre de 2020) y de esta misma autora este otro trabajo de 2019: Nuevamente dando esquinazo a la Directiva 93/13/CEE: comisión de apertura y restitución de gastos. Comentario a las SSTs 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero. *Centro de Estudios de Consumo*. 30 de enero de 2019 (disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Nuevamente_dando_esquinazo_a_la_Directiva_93_13CEEcomision_de_apertura_y_restitucion_de_gastos.pdf; fecha de última consulta: el 9 de septiembre de 2020).

⁹ Estas SSTs de 15 de marzo de 2018 advierten que «la jurisdicción civil no puede enjuiciar si le parece adecuada la determinación del sujeto pasivo obligado al pago del impuesto que hace la normativa reguladora de cada impuesto. La determinación de quién es el sujeto pasivo de un impuesto es una cuestión legal, de carácter fiscal o tributario, que no puede ser objeto de control de transparencia o abusividad desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE, sobre contratos celebrados con consumidores, ni de la legislación nacional protectora de consumidores». Además, determinaron una distribución del impuesto de actos jurídicos documentados concreta diferenciando entre el derecho de cuota variable y el de cuota fija.

¹⁰ Conforme al artículo 29 LITPyAJD en su tenor actual tras esa modificación por el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre: «Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. Cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista».

¹¹ A este respecto, la STJUE de 31 de mayo de 2018 (asunto C-483/2016, caso *Zolt Sziber y ERSTE Bank Hungary Zrt.*), señaló: «34. [...] la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva».

¹² Según advierte esta STS número 725/2018, de 19 de diciembre: «Aunque en nuestro Derecho nacional no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor; se trataría de una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Y también tiene similitudes analógicas con el pago de lo indebido, en cuanto que el consumidor hizo un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente dicho pago, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido indebidamente el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía».

¹³ Vid. AGÜERO ORTIZ, A. (2020). Cláusula de gastos en la STJUE de 16.7.2020: ¿más gastos restituibles; extensión del plazo para instar la restitución y condena en costas si la cláusula se declara abusiva?, Centro de Estudios de Consumo. 24 de julio de 2020 (disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Clausula_de_gastos_en_la_STJUE_de_16.7.2020.pdf; fecha de última consulta: 9 de septiembre de 2020), 12 y 13; y de esta misma autora, Nuevamente dando esquinazo a la Directiva 93/13/CEE..., *op. cit.*, 15-17; y MARÍN LÓPEZ, M.J. (2018). La nulidad..., *op. cit.*, 159 y sigs.

¹⁴ La Ley 5/2019 en este punto solo alude en este caso a «préstamo hipotecario»; considero que debió contener referencia más genérica y atender a la escritura pública de todo préstamo a que se refiere dicha Ley, pues su ámbito objetivo es mayor, no limitándose a los préstamos hipotecarios.

¹⁵ Artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE: «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».

¹⁶ Artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE: «Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores».

¹⁷ El artículo 83 TRLCU en la versión anterior a la reforma introducida por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, indicaba lo siguiente en su apartado 2 (eliminado con la referida reforma): «La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Solo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el juez declarar la ineficacia del contrato».

¹⁸ En atención a lo previsto en el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE exigiendo 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, «si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, ya que los profesionales seguirían estando tentados de utilizar esas cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la invalidez de las mismas, el contrato podría

ser integrado no obstante por el juez nacional en lo que fuera necesario, protegiendo de este modo el interés de dichos profesionales» (STJUE de 30 de abril de 2014, caso *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13 y STJUE de 14 de junio de 2012, caso *Banesto*, C-618/2010).

¹⁹ Respecto a la cláusula suelo se resolvió la restitución de todas las cantidades abonadas indebidamente por el consumidor con efectos *ex tunc* (vid. STJUE de 21 de diciembre de 2016, casos acumulados *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15) y esa solución se corresponde con la idea de que de esta forma efectivamente el consumidor se queda en igual posición fáctica y jurídica que la que se encontraría de no haberse incluido la cláusula.

En el caso de los intereses de demora abusivos, la STJUE de 7 de agosto de 2018 (casos acumulados *Mercedes Godoy y otro*, C-96/16 y C-94/17) determinó la nulidad efectivamente de esa cláusula de intereses de demora abusivos y su eliminación del contrato con la consecuente inaplicación, de modo que debía restituirse al consumidor todo lo pagado como intereses de demora, sin ser posible la reducción del tipo de interés señalado en la cláusula ni ningún tipo de moderación o integración de la cláusula ni del contrato, pues no viene justificado ni por la necesidad de que subsista el contrato (que puede existir y subsistir sin intereses de demora) ni por interés o beneficio del consumidor (que, al contrario, se vería más perjudicado que si se eliminan sin más los intereses de demora). Cuestión distinta es que el interés remuneratorio sí deba aplicarse pues esa cláusula no se consideró abusiva y responde a un fin retributivo. Aunque de considerarse abusivos también los intereses remuneratorios, en modo alguno debieran exigirse estos pues un contrato de préstamo como tal puede subsistir sin ser remunerado (no es lo habitual en la práctica, pero sí que se permite en Derecho).

En los préstamos hipotecarios multidivisa, la STJUE de 20 de septiembre de 2017 (caso *Andrić y otros*, C-186/16) y la STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre, entendieron que esa cláusula no superaba el control de transparencia y por tanto se declaró su nulidad por abusiva; ante ello la solución sería eliminar la cláusula y no aplicarla, pero en este caso el contrato no podría subsistir; en atención a los intereses del consumidor, se optó por la nulidad parcial y no total, y la sustitución de la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el contrato (que ya preveía la posibilidad de que se denominase el préstamo y el capital en euros) y que responde a las exigencias de nuestro ordenamiento de que toda obligación dineraria denomine las cantidades objeto de prestación bajo una determinada unidad monetaria (cfr. STJUE de 30 de abril de 2014, caso *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13). La nulidad total, conforme advierte el Tribunal Supremo en esa sentencia de 15 de noviembre de 2017, supondría un perjuicio mayor para el consumidor que para el predisponente pues conllevaría la obligación de tener que devolver de una sola vez la totalidad de las cantidades del préstamo pendientes de amortizar. Además, si se eliminase totalmente la cláusula en la que se recoge el importe del capital prestado, en divisa y su equivalencia en euros, así como el mecanismo de cambio al abonarse las cuotas en euros, el contrato como tal no podría subsistir, pues se precisa la denominación en una determinada moneda de la cantidad prestada y de las cuotas mensuales abonadas para concretar en todo caso la cantidad pendiente de amortizar.

Por lo que respecta a la cláusula IRPH, la STJUE de 3 de marzo de 2020 (caso *Gómez del Moral Guasch*, C-125/18) determinó en general su nulidad por falta de transparencia, pero erró, a mi entender, en cuanto a los efectos de esa nulidad, pues entendió que el contrato no podía subsistir sin la cláusula que concretaba el pago de los intereses remuneratorios conforme al índice de referencia IRPH y por ello resolvió que debía sustituirse ese índice IRPH por otro índice que fuera legamente supletorio; por su parte, el voto particular de la STS núm. 669/2017, de 14 de diciembre, abogaba por la sustitución del índice IRPH por el índice Euríbor. Esta solución, a mi juicio y como ya expuse en otra ocasión (SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2020). Cláusula IRPH en préstamos hipotecarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 779, 1853-1854), me parece errónea, pues en ningún momento el Euríbor, pese a ser el índice más frecuente en la práctica, se recoge en nuestro Derecho como índice legal supletorio; pero en todo caso, el contrato puede subsistir sin esa cláusula de intereses. La solución más oportuna y más ajustada a la doctrina del TJUE antes expuesta (STJUE de 14 de junio de 2012, caso *Banesto*, C-618/2010; STJUE de 30 de mayo de 2013,

caso *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C-488/11; y STJUE de 21 de enero de 2015, casos acumulados *Unicaja y Caixabank*, C-482/13, C-484-13, C- 485/13 y C-487/13) es que tras la declaración de nulidad de la cláusula no cabe moderar el contrato ni integrar la cláusula, de modo que debió dejarse sin aplicación la cláusula de interés remuneratorio declarada abusiva para que no afectase al consumidor y, en consecuencia, el préstamo se convertiría en un préstamo sin intereses; préstamo que es perfectamente válido, pues la cláusula de intereses remuneratorios no es esencial para la subsistencia del contrato: el préstamo puede existir y subsistir sin intereses; el contrato de préstamo en el ámbito civil no se presume remuneratorio u oneroso, sino que requerirá pacto de intereses; si ese pacto es nulo, el préstamo podrá subsistir sin interés. A mi juicio, la sanción oportuna a la actuación no transparente y abusiva del predisponente es precisamente la eliminación de los intereses remuneratorios y no sustituirlos por otro índice de referencia. En este caso del IRPH la sustitución contractual propuesta en el voto particular de la STS núm. 669/2017, de 14 de diciembre, y en la STJUE de 3 de marzo de 2020, en mi opinión, no encuentra la justificación que sí cumplía la integración acogida en la STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre, sobre la hipoteca multidivisa (que excepciona, como he indicado antes, la regla general de exclusión de la cláusula del contrato sin integración ni moderación contractual con base en no perjudicar al consumidor y atendiendo a las propias previsiones del contrato con referencias al euro).

Por último, en el caso de la cláusula de vencimiento anticipado, el TJUE en su sentencia de 26 de marzo de 2019 (casos acumulados *Abanca Corporación Bancaria y Bankia*, C-70/17 y C-179/17), con base en la especial regulación procesal de los procesos ejecutivo hipotecario y ordinario en el Derecho español, vino a avalar la posibilidad de que por los tribunales españoles se entendiese que al eliminar esa cláusula el contrato no podría subsistir como tal préstamo hipotecario y ello podría suponer un perjuicio al consumidor, por cuanto el prestamista podría acudir a otro proceso cuyos trámites fueran más perjudiciales para el prestatario. Según esta sentencia: «En una situación en la que un contrato de préstamo hipotecario concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva cuya redacción está inspirada en una disposición legal aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede interpretarse en el sentido de que se opone a que el juez nacional, con el fin de evitar la nulidad de ese contrato, sustituya esa cláusula con la nueva redacción de esta disposición legal de referencia introducida con posterioridad a la celebración del contrato, en la medida en que la anulación del contrato exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales. [...] Las cláusulas controvertidas en los litigios principales, inspiradas en la redacción del artículo 693, apartado 2, de la LEC, en su versión vigente en el momento de la celebración de esos contratos, permiten fundamentalmente a los bancos en cuestión declarar el vencimiento del préstamo y exigir el pago del importe aún no satisfecho cuando deje de abonarse una cuota mensual. Incumbe a los órganos jurisdiccionales remitentes comprobar, con arreglo a las normas de Derecho interno y adoptando un enfoque objetivo (véase, en este sentido, la Sentencia de 15 de marzo de 2012, *Pereničová y Perenič*, C-453/10, EU:C:2012:144, apartado 32), si la supresión de esas cláusulas tendría como consecuencia que los contratos de préstamo hipotecario no puedan subsistir. En tal supuesto, corresponderá a los órganos jurisdiccionales remitentes examinar si la anulación de los contratos de préstamo hipotecario objeto de los litigios principales expondría a los consumidores en cuestión a consecuencias especialmente perjudiciales. [...] Si los órganos jurisdiccionales remitentes llegan a la conclusión de que los contratos de préstamo hipotecario en cuestión pueden subsistir sin las cláusulas abusivas controvertidas en los litigios principales, deberían abstenerse de aplicar dichas cláusulas, salvo que el consumidor se oponga a ello, en particular en el caso de que este considere que una ejecución hipotecaria seguida al amparo de tal cláusula le sería más favorable que el cauce del procedimiento de ejecución ordinaria. En efecto, ese contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (véase, en este sentido, la Sentencia de 26 de enero de 2017, *Banco Primus*, C-421/14, EU:C:2017:60, apartado 71). [...] Los artículos 6 y 7 de

la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que [...] no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales». Sobre esta STJUE y su doctrina, cfr. PANTALEÓN PRIETO, F. (2020). De nuevo sobre la consecuencia jurídica de la declaración de abusividad de una cláusula no negociada individualmente (III). *Almacén de Derecho*. 19 de abril de 2020. Disponible en <https://www.uria.com/es/publicaciones/6944-de-nuevo-sobre-la-consecuencia-juridica-de-la-declaracion-de-abusividad-de-una-c> (fecha de última consulta: 13 de septiembre de 2020).

²⁰ Decisión muy aplaudida por ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2020). Luxemburgo se rinde: la cláusula abusiva declarada nula se sustituye por el derecho aplicable en defecto de pacto. En *Blog Derecho Mercantil*, 16 de julio de 2020. Disponible en <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2020/07/luxemburgo-se-rinde-la-clausula-abusiva.html> (fecha de última consulta: 10 de septiembre de 2020).

²¹ Ya el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 23 de enero de 2019, tal y como se señaló *ut supra* en este trabajo, advirtió de que no cabe hablar de moderación e integración de la cláusula o del contrato sino de simplemente aplicación del Derecho supletorio a una situación derivada del restablecimiento de la posición del consumidor a las circunstancias fácticas y jurídicas que existirían de no haberse incluido la cláusula abusiva. «Al atribuir a una u otra parte el pago de los gastos, tras la declaración de abusividad de la cláusula que se los impone en todo caso al consumidor, no se modera la estipulación contractual con infracción del efecto disuasorio de la Directiva 93/13 y en el artículo 83 TRLGCU, sino que, por el contrario, decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido (*rectius*, predispuesto), debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico» (STS núm. 49/2019, de 23 de enero).

²² Ya en la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (casos acumulados *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15) se advertía que «la declaración como abusiva de una cláusula por el Juez nacional determinaría, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no existir tal cláusula en el contrato; y en el caso de que esa cláusula impusiera el pago de ciertos importes que resulten indebidamente debidos y pagados, la declaración de nulidad determinará en principio el correspondiente efecto restitutorio de esos importes».

²³ La STJUE de 26 de enero de 2017 (caso *Banco Primus*, C-421/14) advirtió que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE es «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».

²⁴ Cfr. a este respecto, PANTALEÓN PRIETO, F. (2020). De nuevo sobre la consecuencia jurídica de la declaración de abusividad de una cláusula no negociada individualmente (I). *Almacén de Derecho*. 22 de marzo de 2020. Disponible en <https://almacenederecho.org/de-nuevo-sobre-la-consecuencia-juridica-de-la-declaracion-de-abusividad-de-una-clausula-no-negociada-individualmente-i> (fecha de última consulta: 13 de septiembre de 2020).

²⁵ En relación con la distribución de gastos según la normativa supletoria nacional, *vid.*, entre otros, AGÜERO ORTIZ, A. (2017). Nulidad Cláusula de Gastos II... *op. cit.*, y de esta misma autora estos otros dos trabajos: Nuevamente dando esquinazo a la Directiva 93/13/CEE... *op. cit.*, y Cláusula de gastos en la STJUE de 16.7.2020... *op. cit.*, (disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Clausula_de_gastos_en_la_STJUE_de_16.7.2020.pdf; fecha de última consulta: 9 de septiembre de 2020). Asimismo, *vid.* MATE SATUÉ, L.C. (2019). Transparencia y abusividad..., *op. cit.*, 927 y sigs.; MARÍN LÓPEZ, M.J. (2018). *La nulidad...*, *op. cit.*, 49 y sigs.; y ZUMAQUERO GIL, L. (2018). La nulidad de la cláusula de gastos..., *op. cit.*, 162 y sigs.

²⁶ *Vid.* AGÜERO ORTIZ, A. (2020). Cláusula de gastos en la STJUE de 16.7.2020, *op. cit.*, 11 y 12; y de esta misma autora, Nuevamente dando esquinazo a la Directiva 93/13/CEE..., *op. cit.* 13-15.

²⁷ *Vid.*, entre otros, ZUMAQUERO GIL, L. (2018). La nulidad de la cláusula de gastos..., *op. cit.*, 175-178.

²⁸ Las posturas y criterios asumidos por la jurisprudencia menor (no muy abundante pues ciertamente tampoco se ha alegado mucho esta excepción en los procesos) y la doctrina son muy diversos: *vid.*, entre otros, MARÍN LÓPEZ, M.J. (2018). *La nulidad...*, *op. cit.*, 262 y sigs.; de este mismo autor su trabajo La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gasto y la restitución de los gastos abonados. *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, núm. 22/2017, 86 y sigs. (disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1436>, fecha de última consulta: el 22 de septiembre de 2020); y AGÜERO ORTIZ, A. (2020). Cláusula de gastos en la STJUE de 16 de julio de 2020..., *op. cit.*, 15 y 16.

1.6. Responsabilidad Civil

El alcance de la asunción del riesgo por la víctima en la práctica deportiva y espectáculos de ocio peligrosos *

Assumption of risk by the victim. Dangerous sports and entertainment

por

LUCÍA COSTAS RODAL
*Profesora titular de Derecho civil
Universidad Rey Juan Carlos*

RESUMEN: Cuando la víctima decide voluntariamente la práctica de la actividad peligrosa, asume con esa práctica el riesgo de padecer el daño que esa realización conlleva. Las prácticas deportivas que entrañan un riesgo para la integridad física de la víctima son un sector de actividad que genera frecuentemente la ocasión de aplicar la asunción del propio riesgo para paralizar el desencadenamiento de la responsabilidad civil en caso de accidente. A los requisitos que deben concurrir para que juegue la asunción del riesgo como causa de exclusión de la responsabilidad civil y a los sectores de actividad en los que se ha venido aplicando se dedicarán las páginas que siguen, incluyendo el caso de que el daño se produzca cuando pasivamente se asiste como mero espectador a determinados espectáculos que pueden entrañar un riesgo, intrínseco a la naturaleza de la actividad, como asistir a un partido de fútbol.

ABSTRACT: *When the victim voluntarily decides to practice a dangerous activity, with this practice, they assume the risk of suffering the harm that carrying out the activity entails. Sports practices that pose a risk to the physical integrity of the victim are an activity sector that frequently generates the opportunity to apply the assumption of the risk itself to paralyze the triggering of civil liability in the event of an accident. This work will be devoted to the requirements that must be met for risk assumption to play as a cause of exclusion of civil liability and to the sectors of activity in which it has been applied, including the case that the damage occurs when passively as a mere spectator; they attend certain shows that may entail a risk, intrinsic to the nature of the activity, such as attending a soccer match.*

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación RTI2018-097418-B-I00 del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado «Nuevas Perspectivas de la Responsabilidad Civil. Revisión de la Imputación Objetiva como criterio delimitador de la Causalidad», del que la Prof. M.^a Pilar Álvarez Olalla es investigadora principal.

PALABRAS CLAVES: Responsabilidad civil. Asunción del riesgo. Relación de causalidad. Imputación objetiva. Riesgo permitido. Culpa.

KEY WORDS: Civil liability. Assumption of risk. Causation. Objective imputation. Risk permitted. Fault.

SUMARIO: I. DAÑOS OCURRIDOS EN ACTIVIDADES DE RIESGO ASUMIDO POR LA VÍCTIMA.—II. LA COLOCACIÓN VOLUNTARIA DE LA VÍCTIMA EN LA SITUACIÓN DE RIESGO.—III. LA ASUNCIÓN DEL RIESGO EN EL MARCO DE LA TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: 1. EL RIESGO PERMITIDO. 2. RELACIÓN DE CAUSALIDAD, CRITERIOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA Y ASUNCIÓN DEL RIESGO POR LA VÍCTIMA.—IV. EXCLUSIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL RIESGO CUANDO HAY ASUNCIÓN DEL RIESGO POR LA VÍCTIMA: 1. LA OBJETIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR CULPA DEL ARTÍCULO 1902 DEL CÓDIGO CIVIL A TRAVÉS DE LA DOCTRINA DEL RIESGO. 2. LA INCIDENCIA DE LA ASUNCIÓN DEL RIESGO EN EL MARCO DE LAS SITUACIONES DE RIESGO.—V. OMISIÓN DE DEBERES DE DILIGENCIA DEL AGENTE. INCREMENTO DEL RIESGO: 1. PARTICIPACIÓN EN LA ACTIVIDAD DE RIESGO: MODALIDADES. 2. CONCEPTO DE CULPA. 3. TRANSCENDENCIA DE LA CULPA DEL DEMANDADO COMO ELEMENTO INHIBIDOR DE LA ASUNCIÓN DEL RIESGO POR LA VÍCTIMA EN LA PRÁCTICA DEPORTIVA. A) Casos en que se aplica la asunción del riesgo de la víctima. B) Casos en que no se aplica la asunción del riesgo: incremento del riesgo por el organizador de la actividad. 4. ESPECTADORES DE ESPECTÁCULOS DEPORTIVOS O DE OCIO PELIGROSOS.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. DAÑOS OCURRIDOS EN ACTIVIDADES DE RIESGO ASUMIDO POR LA VÍCTIMA

Los elementos originadores de la responsabilidad civil son la acción u omisión¹, el daño [antijurídico²], la relación de causalidad y la existencia de un criterio subjetivo de imputación, a saber, la culpa en los sistemas subjetivos de responsabilidad o el riesgo en el caso de la responsabilidad objetiva. Para que nazca a cargo de un sujeto distinto de la víctima la obligación de reparar un daño, este tiene que estar vinculado causalmente a una acción u omisión previa de un tercero (agente del daño) y, paralelamente, una razón o justificación jurídica para hacer recaer la responsabilidad sobre un sujeto distinto de la víctima, que es el criterio subjetivo de imputación. Si no se dan esos elementos, es la propia víctima la que ha de sufrir el daño y soportar definitivamente sus consecuencias sin que pueda pretender que otro sujeto repare económicamente las consecuencias de ese daño.

De acuerdo con el artículo 1902 del Código civil, norma general de responsabilidad civil, es la culpa el título de imputación. Ahora bien, junto con el régimen general de responsabilidad civil del artículo 1902 del Código civil coexisten otros regímenes específicos de responsabilidad cuyo título de imputación no es la culpa del agente. Me refiero al especial peligro que causa una actividad como criterio de imputación empleado en la responsabilidad objetiva. El régimen de la responsabilidad por el desarrollo de actividades anormalmente peligrosas o el uso de aparatos peligrosos queda sometido a un régimen de responsabilidad objetiva si existe ley especial que así lo establezca, siendo la creación de un peligro especial el título de imputación (p.ej. para los desplazamientos, en vehículo a motor; se encontraría el TRLRCSVM

—Texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor—, o en avión, la LNA —Ley de Navegación Aérea—).

Según el artículo 1:101 de los PETL —*Principles of European Tort Law*—, «(1) La persona a quien se pueda imputar jurídicamente el daño sufrido por otra está obligada a repararlo. (2) En particular, el daño puede imputarse a la persona a) cuya conducta culposa lo haya causado; o b) cuya actividad anormalmente peligrosa lo haya causado; o c) cuyo auxiliar lo haya causado en el ejercicio de sus funciones».

Aparte de los casos legalmente contemplados de responsabilidad objetiva, precisamente para el caso de desarrollo de otras actividades arriesgadas o de peligro, a falta de ley especial que elimine el requisito de la culpa para la atribución de responsabilidad, ha sido la propia jurisprudencia la que ha desarrollado la conocida como *doctrina del riesgo* a fin de «objetivar» la responsabilidad por culpa del artículo 1902 del Código civil con base en el riesgo creado. Esa doctrina parte de la base de que el autor de toda actividad, aun lícita y permitida, que crea un riesgo o peligro especial para los demás debe responder de las consecuencias dañosas.

La cuestión que se plantea es si, en tales casos, cuando el riesgo se materializa en daño, debe responder el titular de la actividad peligrosa por la sola creación del riesgo, al margen de la culpa, en base al principio *pro damnato*. O bien si, cuando hay una participación voluntaria por la víctima en la actividad arriesgada o peligrosa, debe pechar definitivamente con el daño que sea materialización del riesgo creado, sin culpa del organizador de la actividad, merced a la propia asunción del riesgo.

La participación voluntaria en una situación peligrosa se da en muchas actividades de la vida (aparte de aquellas que han sido contempladas específicamente por el legislador, podemos pensar en otras como subirse a una atracción de feria, participar en una atracción acuática...). Dentro de ese marco de actividades arriesgadas voluntariamente aceptadas, este trabajo se centrará en la figura de la asunción del riesgo tanto en la práctica de actividades deportivas peligrosas como en la participación pasiva en esas actividades cuando se asiste a las mismas como espectador y en su incidencia a la hora de determinar la aplicación de un determinado modelo de responsabilidad, al hilo de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo.

II. LA COLOCACIÓN VOLUNTARIA DE LA VÍCTIMA EN LA SITUACIÓN DE RIESGO

Cuando la víctima decide voluntariamente la práctica de la actividad peligrosa, asume con esa práctica el riesgo de padecer el daño que esa realización conlleva. El caso típico es el de la práctica de deportes que entrañan un riesgo para la integridad física de la víctima. Con la propia práctica deportiva se asumen los riesgos que la actividad genera, y que los deportistas conocen y asumen voluntariamente como parte de su actividad. Lo mismo puede decirse de las actividades de ocio que entrañan riesgo para la integridad física (ej. participación activa en un encierro taurino). Del mismo modo que por el mero hecho de existir estamos sometidos al «riesgo general de la vida» y debemos pechar definitivamente con los daños que sean la materialización de ese riesgo, también debemos cargar con las consecuencias de los daños ocurridos en actividades peligrosas en las que participamos voluntariamente pues asumimos libremente el riesgo específico conocido de esa actividad. Se asume el riesgo de la actividad puesto que se conoce y se participa de ella.

En las actividades deportivas, el riesgo puede derivarse del propio contacto físico entre los jugadores o participantes en los conocidos como deportes de riesgo bilateral, como los juegos de pelota, enmarcándose en ese grupo de deportes el caso que da lugar a la importante STS de 22 de octubre de 1992, caso en que el daño surge en un contexto de actividad deportiva a título particular; entre amigos, en el que un jugador pierde un ojo por el impacto de la pala del contrincante. El Tribunal Supremo descarta la objetivación de la responsabilidad, dando entrada a la asunción del riesgo por la víctima para eximir de responsabilidad al agente del daño siempre que «las conductas de los partícipes no se salgan de los límites normales ya que de ser así podría incluso entrar en el ámbito de las conductas delictivas dolosas o culposas».

La asunción del riesgo viene a amparar los daños causados por otro participante en el juego siempre que el daño sea la materialización del riesgo típico del deporte y siempre que el contrincante haya actuado dentro del marco que representa el nivel de diligencia exigible al buen deportista, con arreglo al artículo 1104 CC³. Ese nivel de diligencia se fundamenta «en un firme compromiso con las reglas del juego y en el respeto a quienes con él compiten o juegan, incluso si se trata de deportes de alto grado de violencia, sobre la base de que no se juega para hacer daño, aunque este se pueda producir, sino para participar, competir y ganar, en su caso» (STS 9 de marzo de 2006).

Pero el riesgo en la actividad deportiva existe fuera de los casos de contacto físico con otros participantes. Precisamente sobre daños en la práctica de ese tipo de actividades deportivas, conocidas como de riesgo unilateral, han recaído un buen número de resoluciones jurisprudenciales que ayudan a perfilar la figura de la asunción del riesgo (por ejemplo, el esquí, submarinismo, ciclismo, parapente, equitación, golf, por citar algunos de los casos que han dado lugar a sentencias recientes del Tribunal Supremo). Como se señalará más adelante, en esos casos la asunción del riesgo ampara los daños sufridos por el deportista en el marco del riesgo vinculado al deporte practicado (p.ej. por su falta de pericia) pero no por culpa del responsable u organizador de la actividad⁴.

Puede ocurrir también que el daño se produzca, aun sin practicar la actividad de riesgo, cuando pasivamente se asiste como mero espectador a determinados espectáculos que pueden entrañar un riesgo, intrínseco a la naturaleza de la actividad, como los espectáculos taurinos o algunos espectáculos deportivos (como presenciar una competición de coches de carrera, o pensemos también en deportes que utilizan objetos que, al ser golpeados con fuerza, pueden causar graves daños si acaban impactando contra un espectador como es el caso de la pelota en el caso del fútbol).

A menudo, detrás de la realización de la actividad de riesgo se encuentra un responsable de la actividad, que incluso puede suministrar a la víctima los materiales necesarios para el desarrollo de la actividad deportiva o de ocio arriesgada. Por lo que, ya se trate de participación activa o meramente pasiva en la actividad arriesgada, habrá que determinar cómo se conjuga la asunción del riesgo por la víctima ínsito en la actividad, con la existencia de un responsable de la actividad (el titular de la pista de esquí, el organizador de carrera ciclista que diseña la ruta, el titular del club hípico que alquila el caballo, el organizador del festejo taurino, el club de fútbol en el caso del disparo del balón) y bajo qué presupuestos el daño excede de lo asumido por la víctima debiendo responder el titular de la actividad, partiendo de la base de que es función del organizador la de adoptar las medidas necesarias para evitar los riesgos propios de la concreta práctica deportiva (STS de 9 de marzo de 2006) pues la realización de una situación de

peligro o la creación de un riesgo acarrea el deber de evitar los daños típicos que probablemente surjan de esa situación por lo que si omite tomar las medidas de seguridad necesarias deberá responder de los daños causados⁵.

Como denominador común a todas las actividades contempladas, el riesgo de sufrir un daño existe pese a todo, por más que el responsable de la actividad emplee la diligencia exigible en el sector de actividad de que se trate. Con base en el criterio de la asunción del riesgo, ese riesgo residual de sufrir algún daño se traslada, del agente del daño o del organizador de la actividad, a la víctima en base a la propia decisión, voluntaria y conscientemente tomada, de participar activamente en la actividad de riesgo o, en su caso, de asistir a un evento que conlleva riesgos⁶. El beneficio de la actividad no es solo para el organizador que crea la situación de riesgo, sino que es un beneficio compartido con quien voluntariamente decide practicar la actividad arriesgada o con quien participa de la misma como mero espectador.

III. LA ASUNCIÓN DEL RIESGO EN EL MARCO DE LA TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1. EL RIESGO PERMITIDO

La exclusión de la obligación de indemnizar que conlleva la asunción del riesgo por la víctima se ha intentado explicar a veces en el marco de la antijuridicidad del daño sin necesidad de avanzar en el recorrido de los restantes elementos de la responsabilidad civil, como si la asunción del riesgo se tratara de una causa de justificación más⁷, asimilable al consentimiento de la víctima⁸, del que se diferenciaría en que, mientras el consentimiento es para un daño real (por ejemplo, consentir una intromisión en el derecho a la intimidad con arreglo al artículo 2 LO 2/1982, de 5 de mayo, supuesto habitual de causa de justificación), la asunción del riesgo se refiere a un riesgo o peligro potencial, «asumiendo» con la práctica de la actividad peligrosa que ese riesgo se puede materializar en daño⁹. Aunque hay que señalar que, en algunos deportes como el boxeo, en los que el daño físico es consustancial a la propia actividad deportiva, hay un verdadero consentimiento al daño, más que una asunción del riesgo¹⁰.

En caso de que finalmente se materialice el daño, quedaría excluida la antijuridicidad de la conducta del dañador porque la víctima ha aceptado la situación de riesgo con su participación activa en la actividad peligrosa. Desde esta perspectiva, la asunción del riesgo sería un consentimiento de la víctima, si bien no en el resultado, sí en el riesgo como factor que excluye la antijuridicidad.

Tradicional en el marco de la asunción del riesgo es el ejemplo de los juegos de pelota para explicar la exclusión de la responsabilidad civil. En el contexto del juego, la pelota es lanzada con una fuerza tal que, si alcanza a una persona, puede causar graves daños a su integridad física, incluso la muerte en algunos casos¹¹, y no solo por lo que se refiere a los propios jugadores sino también a los espectadores. El daño no da lugar al desencadenamiento de responsabilidad civil pues en tales situaciones el daño se genera en el marco de un riesgo permitido y sin dolo de dañar¹². Pensemos, por ejemplo, en el caso de un espectador de un partido de la liga de fútbol que recibe el impacto de un balón disparado desde el campo de juego, hipótesis contemplada recientemente por el Tribunal

Supremo en STS de 7 de marzo de 2018, última sentencia hasta la fecha en la que el alto tribunal ha tenido ocasión de aplicar la asunción del riesgo para negar a la víctima la indemnización reclamada, a la que más adelante me referiré.

Con base en que el daño se ha producido en un contexto de riesgo permitido, también se ha explicado que no habría lugar a responsabilidad civil por faltar la antijuridicidad, incluso sin necesidad de recurrir al instrumento de las causas de justificación precisamente porque el daño ocurre en un contexto de riesgo lícito. Ese contexto de riesgo lícito es originado por una actividad socialmente adecuada, que no es contraria al ordenamiento jurídico.

Según esa forma de entender la figura de la asunción del riesgo, el riesgo permitido no sería una más de entre las causas de justificación que amparan la conducta del causante del daño y excluyen la antijuridicidad de la acción. Antes bien, no hay obligación de responder porque el daño deriva de una conducta socialmente adecuada originadora de un contexto de riesgo lícito¹³. Si no se cumple ese requisito de tratarse de una actividad socialmente adecuada, el caso quedaría fuera del ámbito de aplicación de la asunción del riesgo, como si se trata de daños ocasionados en el marco de actividades frívolas, caso que se reconduce al concurso de culpas¹⁴.

Los perfiles de ese contexto de riesgo lícito son, aparte de la existencia de una conducta socialmente adecuada, la producción del daño en un entorno físico socialmente aceptado (un partido, un estadio de fútbol, un lance). Eso explicaría que quede dentro del ámbito de la asunción del riesgo el caso del espectador que acude al campo de fútbol a ver un partido (entorno físico socialmente adecuado por lo que no tiene derecho a ser indemnizado si recibe el impacto de la pelota según reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo) y que no quede dentro de ese ámbito cuando se recibe el impacto de pelota en un sitio público de paso, como ocurre en la STS de 2 de marzo de 2002. En el caso, se desarrollaba el juego de pelota en un lugar inidóneo (téngase en cuenta que no solo es lugar inidóneo aquel sobre el que cae una prohibición expresa mediante cartel) recibiendo un fuerte impacto con graves daños físicos una persona ajena al juego, que estaba en un lugar al que no deberían alcanzar las consecuencias del juego (en el caso se trataba de un jardín municipal).

Aunque los requisitos de producción del daño en el seno de una actividad socialmente adecuada, y en un entorno físico socialmente aceptado para esa actividad reconducen a la idea de contexto de riesgo lícito que excluiría la antijuridicidad del daño (por dar lugar a un injusto amparado por una causa de justificación constituida por el riesgo permitido o, aun mejor, porque no hay antijuridicidad sin necesidad de acudir a ese circunloquio), lo cierto es que la jurisprudencia explica, al margen de la antijuridicidad, la ausencia de la obligación de responder cuando hay una asunción voluntaria de un riesgo.

La concepción jurisprudencial de la asunción del riesgo no la sitúa, para excluir la responsabilidad civil, en el terreno de la antijuridicidad de la conducta sino en el plano del nexo causal acción/resultado, que quedaría roto si se cumplen sus requisitos.

La jurisprudencia viene tratando la colocación voluntaria de la víctima en la situación de riesgo como uno más de los criterios de imputación objetiva, de manera que el resultado dañoso no puede ser imputado objetivamente a un tercero distinto de la víctima pues queda rota la relación de causalidad, teniendo la víctima que pechar definitivamente con las consecuencias del daño, según se explicará a continuación.

2. RELACIÓN DE CAUSALIDAD, CRITERIOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA Y ASUNCIÓN DEL RIESGO POR LA VÍCTIMA

Para que toda víctima de un resultado dañoso obtenga la correspondiente reparación, es necesaria la existencia de nexo causal entre el comportamiento del demandado y la producción del resultado dañoso. La ruptura del nexo causal determina la paralización del desencadenamiento de la responsabilidad civil. Así, el nexo causal se rompe en los casos en que el daño se produce por intervención de tercero, o incluso por culpa de la propia víctima (aparte de excluir la culpabilidad del demandado).

Para acreditar la existencia de nexo causal entre la conducta (acción u omisión) de un sujeto y el resultado dañoso debe concurrir la causalidad natural y, en ese sentido, una acción sería la causa de un resultado cuando, suprimida mentalmente la acción, el resultado dañoso no se hubiera producido (es la llamada teoría de la *conditio sine qua non*, o teoría de la equivalencia de las condiciones utilizada para la determinación de la causalidad física)¹⁵.

Como señala la STS de 5 abril de 2019 «existe causalidad material o física cuando a través de una reconstrucción ideal de los acontecimientos se llega a la conclusión lógica de que de no haber mediado el hecho ilícito del demandado el daño no habría tenido lugar. Esta causalidad material ha de ser empíricamente verificable». La teoría de la equivalencia de las condiciones se presenta como suficiente para determinar la causalidad natural o física.

Ahora bien, la estricta aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones para la determinación de la responsabilidad civil llevaría a resultados desproporcionados. Pongamos por caso el del espectador que asiste a un partido de fútbol y sufre un daño por el impacto de un balón que llega a la grada disparado fuertemente desde el campo. Cierto que si ese balón no se hubiera disparado o lo hubiera hecho con menor intensidad, no habría ocurrido el daño y en ese sentido no hay duda de que la causa física del daño es el impacto del balón.

Pero, sin embargo, hay que preguntarse si, pese a ello, la acción y el daño están vinculados causalmente. En efecto, los excesos de la fórmula de la condición *sine qua non* para la determinación de la relación de causalidad deben ser corregidos para evitar las consecuencias de una aplicación rigurosa de esa teoría, pues los elementos intervinientes en la producción de un resultado son innumerables y hay que descartar la relevancia jurídica de muchos de ellos.

Por eso, una vez comprobada la causalidad natural, habrá que determinar si esa causa tiene relevancia jurídica, de manera que el resultado dañoso debe ser objetivamente imputable a una acción u omisión del agente¹⁶. Como señala la STS de 5 de abril de 2019, la estricta aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones supondría «hacer responsable al agente de todas las causas que preceden al resultado sin deslindar entre aquellas que originaron responsabilidad y aquellas que quedan fuera de esta, lo que parece que sería de mayor interés en el campo del derecho. Por ello se predica como ineludible discriminar o seleccionar de entre las múltiples causas. Cuando se lleva a cabo tal valoración se traspasa el campo de la causalidad física al de la jurídica, a fin de delimitar qué daños producidos en el curso causal han de ser puestos a cargo del agente (...). La causalidad jurídica sirve para evitar que el sujeto negligente responda de cualquier consecuencia remota, improbable o indirecta que pudiera derivarse de su conducta»¹⁷.

Precisamente, para corregir los mencionados excesos, la doctrina ha recurrido a la aplicación de los denominados criterios de imputación objetiva, importados de la teoría de la causalidad en el campo de la teoría del delito¹⁸, criterios que,

en su mayor parte, son criterios de exclusión de la imputación objetiva¹⁹, y de cuya aplicación ha dado buena cuenta el Tribunal Supremo en abundantes pronunciamientos. Los tradicionales criterios para excluir la imputación objetiva son la *prohibición de regreso*, el *criterio de incremento del riesgo o de la conducta alternativa correcta*, el *riesgo general de la vida*, el *criterio de la provocación*, el *fin de protección de la norma*, el *criterio de la adecuación*.

Recurren a criterios de imputación objetiva las SSTs de 24 de febrero de 2017; de 18 de marzo de 2014; de 6 de febrero de 2011; de 26 de enero de 2007; de 17 de febrero de 2009; de 2 de marzo de 2009. Más recientemente, ha recurrido a los criterios de imputación objetiva para la apreciación de la causalidad jurídica, la mencionada STS de 5 de abril de 2019, en un caso de un incendio causado por cables de una línea eléctrica. El Tribunal Supremo recoge un elenco de esos criterios de imputación objetiva, entre los cuales incluye, aunque no sea de aplicación al caso, el criterio de la *asunción del propio riesgo*. Señala el Tribunal Supremo que habría que apreciar «la proximidad con la conducta realizada, el ámbito de protección de la norma infringida, el riesgo general de la vida, prohibición de regreso, incremento del riesgo, consentimiento de la víctima y asunción del propio riesgo, y de la confianza».

La asunción del propio riesgo como criterio de imputación objetiva que rompe la relación de causalidad es aplicado, entre otras, en las SSTs de 20 de marzo de 1996, de 21 de mayo de 2008, de 30 de noviembre de 2009 y de 18 de marzo de 2014, aunque en este último caso no se trata de la asunción del riesgo en el marco de la práctica de actividades deportivas sino en el ejercicio de la propia profesión. En el caso, se trataba del fallecimiento de un bombero a consecuencia de las heridas sufridas con ocasión de las labores de extinción de un incendio. La familia de la víctima reclama una indemnización al propietario de la vivienda incendiada, desestimando el Tribunal Supremo la pretensión por la ruptura del nexo causal entre el incendio y la muerte del bombero con base en la asunción del riesgo que hacen ciertos profesionales en el desempeño de su actividad como criterio de imputación objetiva.

Señala el Tribunal Supremo que la víctima «controla y asume esta fuente de peligro en el ejercicio ordinario de su profesión, con lo que el curso causal se establece entre el ejercicio profesional de este riesgo voluntariamente asumido y el daño producido por el fuego, con la consiguiente obligación de soportar las consecuencias de su actuación». A lo que añade que «si no hay causalidad no cabe hablar, no ya de responsabilidad subjetiva, sino tampoco de responsabilidad por riesgo u objetivada necesaria para que el demandado deba responder pese al desgraciado y lamentable accidente sufrido por parte de quien pone su trabajo al servicio de la comunidad».

Más recientemente, volviendo a los daños en relación con la práctica deportiva, en este caso sufridos por espectadores, se pronuncia el Tribunal Supremo en la citada Sentencia de 7 de marzo de 2018 en un caso de daño sufrido en el marco de un evento deportivo profesional, sobre la que más adelante se volverá al hilo de los daños causados a espectadores de eventos deportivos. El Tribunal Supremo niega el desencadenamiento de la responsabilidad civil aplicando la asunción del riesgo por la víctima y resolviendo la cuestión en el plano de la relación de causalidad. El Tribunal Supremo, reiterando su propia doctrina, señala que «la imputación objetiva, entendida como una cuestión jurídica susceptible de ser revisada en casación, comporta un juicio que más allá de la mera constatación física de la relación de causalidad, obliga a valorar con criterios o pautas extrañas del ordenamiento jurídico la posibilidad de imputar al agente el daño causado».

Entre esos criterios que excluyen la causalidad jurídica se encontraría, a juicio del Tribunal Supremo, la asunción del propio riesgo de la víctima, que impediría imputar objetivamente el resultado dañoso al agente. Al no concurrir la causalidad jurídica queda rota la relación de causalidad entre la acción y el daño. Y en ese sentido afirma que «en un balón proyectado desde el campo a la grada está el origen del daño, pero el nexo causal que relaciona las lesiones producidas en un ojo a la espectadora desaparece desde el momento en que asume un riesgo propio del juego o espectáculo que conoce, como es el que un balón pueda proyectarse con mayor o menor potencia hacia la grada que ocupa reglamentariamente detrás de la portería».

Así, pues, la colocación voluntaria de la víctima en la situación de riesgo constituiría una causa de exoneración de la responsabilidad porque impide la imputación objetiva del resultado dañoso al agente al quedar rota la relación de causalidad, como también ha puesto de manifiesto un importante sector de la doctrina²⁰.

IV. EXCLUSIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL RIESGO CUANDO HAY ASUNCIÓN DEL RIESGO POR LA VÍCTIMA

1. LA OBJETIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR CULPA DEL ARTÍCULO 1902 DEL CÓDIGO CIVIL A TRAVÉS DE LA DOCTRINA DEL RIESGO

El sistema de responsabilidad subjetiva del artículo 1902 del Código civil deviene insuficiente para resolver los daños que se producen merced a los riesgos a que da origen el desarrollo propio de la vida moderna. A falta de la correspondiente reforma de la regulación de la responsabilidad civil extracontractual contenida en el artículo 1902 del Código civil y tratándose de sectores de actividad que se consideran de riesgo pero que no cuentan con una ley especial que dispense del requisito de la culpa, el sistema subjetivo de responsabilidad civil sufrió una evolución en la jurisprudencia hasta llegar a soluciones cuasiobjetivas que acercan el tratamiento del caso a la responsabilidad por riesgo. La doctrina del riesgo contó con un gran predicamento en las últimas décadas del pasado siglo²¹.

La doctrina del riesgo se fundamenta en que el autor de toda actividad, aun lícita y permitida, que crea un riesgo intenso o peligro especial para los demás debe responder de las consecuencias dañosas. De la creación de ese riesgo superior a los estándares medios surge el deber de controlar y evitar el peligro que se genere y que puede producirse previsiblemente al fallar los mecanismos de protección adoptados para un desarrollo normal.

La situación de riesgo está en la base del desarrollo de la doctrina del riesgo y consiguiente pretensión de objetivación del sistema de responsabilidad por culpa diseñado en el artículo 1902 del Código civil. Pensemos por ejemplo en la producción de un incendio por el almacenamiento en un local de mercancía muy combustible.

Según la doctrina del riesgo, buscando la mejor protección de la víctima, sí cabría en el artículo 1902 del Código civil una presunción *iuris tantum* de la culpa de la persona a quien se le imputan los daños, siendo el supuesto causante del daño el que ha de demostrar el empleo de toda la diligencia debida atendidas las circunstancias de tiempo y de lugar.

La aplicación de la doctrina del riesgo permite asimismo un requerimiento de diligencia que va más allá de los estándares medios, requiriendo un grado de

prevención y de cautela excelentes. Incluso considerando que no basta con el cumplimiento de la normativa aplicable que imponga la adopción de cautelas o previsiones, pues, si no han evitado el daño, resulta que algo quedó por prevenir y que la diligencia no ha sido completa (como señala la STS de 17 de febrero de 1997).

La mera realidad del daño determina que faltó algo por hacer y que hubo negligencia pues siempre puede pensarse en una medida adicional de diligencia que hubiera podido evitar el daño y que no se adoptó en el caso concreto, hasta alcanzar un nivel de cautela exquisito (doctrina del agotamiento de la diligencia). Lo que equivale a afirmar que la sola producción del daño evidencia que faltó alguna medida de prevención que lo hubiera podido evitar²². Aunque formalmente no se prescinda de la culpa como criterio subjetivo de imputación, hay en la doctrina del riesgo una fuerte objetivación de la responsabilidad por culpa del artículo 1902 del Código civil.

La creación de actividades peligrosas y fuentes de peligro ha dado lugar a la creación jurisprudencial de la doctrina del riesgo en contra del sujeto generador del peligro. Ahora bien, veamos a continuación la incidencia que en orden a la imputación de responsabilidad en ese contexto de actividades de riesgo debe tener que sea la propia víctima la que se coloca, voluntaria y conscientemente, en la situación de riesgo.

2. LA INCIDENCIA DE LA ASUNCIÓN DEL RIESGO EN EL MARCO DE LAS SITUACIONES DE RIESGO

En las actividades anormalmente peligrosas o generadoras de un peligro intenso se encontró el campo abonado para la aplicación de la doctrina del riesgo cuando se materializa en daño el riesgo típico de la actividad adoptando soluciones cuasiobjetivas en base al principio *pro damnato* con presunción de culpa del demandado y correspondiente inversión en su contra de la carga de la prueba, y aplicación de la doctrina del agotamiento de la diligencia, según la cual la mera realidad del daño evidencia que faltó algo por hacer y que, por tanto, hubo negligencia, según se ha señalado en el epígrafe precedente.

Ahora bien, puede ocurrir que la víctima no se limite a padecer, pasivamente, las consecuencias de un peligro que un tercero crea (como ocurre en el caso mencionado de la explosión de sustancias peligrosas que el agente ha almacenado). En ocasiones, es la propia víctima la que, consciente y concedora del riesgo que es consustancial a una actividad, decide, pese a todo, asumirlo y participar en la actividad poniendo en riesgo su integridad física.

La aplicación de la doctrina del riesgo a esos casos implicaría que el responsable de la actividad acabaría respondiendo del daño en base a una culpa fuertemente «objetivada». Lo que no se compadece bien con el hecho de que la víctima participe voluntariamente en la actividad peligrosa. Precisamente porque el riesgo de la actividad peligrosa fue asumido por la víctima a través de la participación voluntaria en la actividad, no cabe exigir responsabilidad solo con fundamento en el riesgo creado al organizador de la actividad cuando se materializa en daño el especial riesgo de la actividad sin culpa del agente²³.

El riesgo asumido por la víctima de forma voluntaria paraliza los efectos de la creación de riesgo por el agente, o sea, la aplicación de la doctrina del riesgo (STS de 14 de abril de 1999²⁴). Si la víctima asumió voluntariamente ese riesgo, sería un contrasentido exigir, cuando el riesgo se materializa en daño, responsabilidad al organizador de la actividad peligrosa por la sola creación de riesgo, o con apoyo en una culpa «objetivada» por la sola razón de que el agente realiza

una actividad peligrosa (entre los pronunciamientos de finales del pasado siglo, *vid.* SSTs de 24 de marzo de 1996, 16 de octubre de 1998²⁵). Con la participación voluntaria en la actividad arriesgada o peligrosa, el participante está asumiendo el riesgo y con él la posible materialización del daño, atrayéndolo hacia sí y desplazándolo del titular de la actividad peligrosa²⁶.

El riesgo que fatalmente se materializa en daño debe ser el riesgo ordinario, normal del evento de que se trate (por ejemplo, por recuperar el caso de la STS de 7 de marzo de 2018, el de recibir un balonazo en la grada). Para que se pueda aplicar el criterio de la asunción del riesgo para paralizar el desencadenamiento de la responsabilidad civil, el daño acaecido será la plasmación del riesgo permitido creado con la acción de que se trate, siendo este y no otro el que es asumido por la víctima. Precisamente por encajar el supuesto en el ámbito de la asunción del riesgo potencial que la situación crea, la víctima tendrá que pechar definitivamente con el resultado dañoso y no puede trasladar al organizador del evento sus consecuencias económicas, sin ningún género de objetivación.

La asunción del riesgo encuentra, pues, su ámbito de aplicación en aquellos casos en los que el sujeto se introduce voluntariamente en la situación de riesgo anormal creada a través de la participación consentida en una actividad naturalmente peligrosa, con la correspondiente asunción voluntaria de su riesgo típico para el caso de que se materialice el daño típico de la situación de riesgo anormal creada.

La posibilidad de aplicar la figura de la asunción del riesgo queda ceñida a aquellos daños ocasionados por la materialización del riesgo típico de la actividad, con exclusión de cualesquiera otros, como, por ejemplo, los producidos en el caso de la STS de 30 de mayo de 2008 con ocasión de unos festejos taurinos al desprenderse un tablón y consiguiente caída al vacío de la víctima desde la localidad que ocupaba en la tercera fila del tendido de la plaza de toros portátil instalada por el ayuntamiento, caso que nada tiene que ver con la asunción del riesgo.

La situación de riesgo tiene que ser la propia de la actividad, pero no creada o aumentada por el demandado. Se tratará del riesgo propio de la actividad en la que la víctima se introduce de forma voluntaria, siendo su peligro por ella conocido, y debiéndose producir el accidente dentro del ámbito del riesgo asumido y aceptado.

Lo que no quiere decir que la asunción del riesgo ampare una exclusión de responsabilidad cuando en la producción del resultado dañoso interfiere la negligencia del agente del daño. Por más que la víctima haya asumido el riesgo de la actividad, no pierde su derecho a ser indemnizada cuando el titular de la actividad ha omitido alguna medida de previsión o de cuidado que lo hubieran podido haber evitado, sin ningún género de objetivación, pues nadie puede asumir la negligencia ajena. Pensemos en la omisión de las medidas de seguridad propias de la actividad.

Como se expondrá en el epígrafe que sigue, la asunción del riesgo por la víctima solo exonerará de responsabilidad al organizador de la actividad de riesgo si este no ha incrementado, con alguna acción u omisión, el riesgo de producción del resultado dañoso. Lo que reconduce la cuestión al análisis de la posible intervención de culpa o negligencia, eso sí, sin ningún género de objetivación al quedar descartada la aplicación de la doctrina del riesgo.

Por lo que, en definitiva, lo que se consigue con la aplicación de la asunción del riesgo es salir del ámbito de la doctrina del riesgo aplicable a las actividades anormalmente peligrosas para resolver la posible generación de responsabilidad con sometimiento a la regla general de responsabilidad por culpa del artículo 1902 del Código civil.

Hay que tener en cuenta, como ya se ha adelantado, que la propia aplicación de la doctrina del riesgo está siendo cuestionada por la jurisprudencia más reciente, con el consiguiente retorno a la culpa como criterio subjetivo de imputación, sin ningún género de objetivación²⁷. Por lo que cabe plantearse qué incidencia tiene ello en la propia figura de la asunción del riesgo pues téngase en cuenta que la virtualidad de la asunción del riesgo ha sido tradicionalmente la de excluir la aplicación de los efectos de la doctrina del riesgo, que no son otros que los derivados de la objetivación de la responsabilidad del titular de la actividad en base al principio *pro damnato* y que, de otro modo [de no aplicar la asunción del riesgo], se producirían.

Según la jurisprudencia reciente, la doctrina del riesgo debe restringirse a «riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño cuando está obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole» (SSTS de 4 de mayo de 2018, de 22 de septiembre de 2015, de 30 de noviembre de 2009). Las actividades deportivas no encajan en esa descripción pues no son actividades peligrosas que impliquen un riesgo considerablemente anormal (en relación con el ciclismo deportivo, así lo señala STS de 11 de diciembre de 2010, en relación con el golf se pronuncia en el mismo sentido la STS 9 de marzo de 2006). Como señala la STS 30 de noviembre de 2009 «es evidente que una actividad reconocida y administrativamente admitida de riesgo no puede convertir a los organizadores en responsables de todo cuanto acaezca en su desarrollo si esta se cumplimenta en un marco adecuado y previsible en cuanto a los riesgos que pudieran derivarse para el conjunto de las personas que acceden libre y espontáneamente a la misma, cuando la actividad no comporta en sí misma un riesgo anormal o considerable».

La participación voluntaria y consciente en la actividad por la víctima no cambiaría la atribución de la responsabilidad que se deduce de la aplicación de la norma general del artículo 1902 del Código civil a esa actividad²⁸. La asunción del riesgo no excluye, si la actuación u omisión del organizador de la actividad es constitutiva de negligencia, la asignación de la correspondiente responsabilidad por culpa o negligencia, según el artículo 1902 del Código civil. Pero es necesaria una acción u omisión negligente o culposa, atribuible al que se pretende responsable pues la mera producción del daño no es suficiente para imputarlo a quien lo causa.

En definitiva, como se expondrá a continuación, los daños causados en la práctica deportiva se resolverán con arreglo a las reglas de la responsabilidad subjetiva o por culpa sin que se puedan extremar los requerimientos para entender cumplido el deber de diligencia del organizador de la actividad²⁹, y con sometimiento en materia de prueba a la regla general del artículo 217 del Código civil según el cual corresponde al demandante la carga de probar la culpa del causante del daño demandado (art. 217.2 LEC), salvo disposición legal expresa (art. 217.6 LEC) y ello sin perjuicio de que en algunos casos pueda aplicarse la regla de la facilidad probatoria (art. 217.7 LEC).

V. OMISIÓN DE DEBERES DE DILIGENCIA DEL AGENTE. INCREMENTO DEL RIESGO

1. PARTICIPACIÓN EN LA ACTIVIDAD DE RIESGO: MODALIDADES

En ese contexto de actividades de riesgo, pueden aun diferenciarse dos situaciones, según ya se ha adelantado. Pensemos en la práctica de deportes o

actividades de ocio peligrosas y también en la participación, no activa, sino como espectador de actividades deportivas o espectáculos peligrosos. En el primer caso, la víctima practica de forma consciente y voluntaria, la actividad de riesgo (ej. el que participa en un encierro taurino, la práctica del esquí, jugar un partido de fútbol...). En el segundo, aunque la víctima no practica la actividad de riesgo, participa de la misma como espectadora y el daño procede del terreno de juego o de la zona en donde se realiza la actividad de riesgo, situación esta última que ha dado lugar a abundantes pronunciamientos jurisprudenciales.

En ambas hipótesis, cumplidos sus requisitos, tiene cabida la asunción del riesgo para paralizar la aplicación de la doctrina del riesgo y consiguiente desencajamiento de la responsabilidad civil a cargo del tercero causante del daño, desviándolo a la propia víctima, merced a la participación voluntaria en ese riesgo que el tercero crea, según ha señalado recientemente el Tribunal Supremo en STS de 7 de marzo de 2018.

Pero ello no será así cuando el daño es el resultado de una anormal intensificación del riesgo y desatención de las normas de diligencia por parte del responsable de la actividad, especialmente si no ha adoptado las medidas de seguridad necesarias para desarrollar con seguridad la actividad deportiva de que se trate. A ambas situaciones me referiré a continuación, distinguiendo entre si el daño lo sufre quien practica la actividad deportiva o un espectador.

2. CONCEPTO DE CULPA

Constituye culpa un comportamiento que no es conforme a los cánones o estándares de pericia y diligencia exigibles³⁰. El apartamiento de ese estándar genera lo que se ha venido conociendo como *juicio de reproche*³¹. Habrá que determinar, en cada caso, cuál es el nivel de pericia y diligencia exigibles³². Para apreciar la culpa se deberá comprobar si el agente omitió, en la actividad de que se trate, el despliegue de la diligencia que debía emplear, atendiendo a las circunstancias personales, de tiempo y lugar (art. 1104 CC), y, específicamente, a la diligencia socialmente adecuada al sector del tráfico o al entorno físico y social donde se proyecta la conducta del agente (STS de 5 de abril de 2019) determinando de ese modo si el agente obró con el cuidado, la atención y la perseverancia apropiados y con la reflexión necesaria para evitar el perjuicio (STS de 12 noviembre de 1993).

Centrándonos en la práctica deportiva y actividades de ocio peligrosas, y siguiendo a una abundante jurisprudencia, habrá que determinar si la actividad se ha desarrollado en un «marco adecuado y con la adopción de las medidas necesarias para evitar los riesgos previsibles que pueden derivarse para los que practican la actividad de una forma libre y voluntaria» (entre otras muchas, STS de 31 de mayo de 2006). Fuera de ese marco de diligencia, la asunción del riesgo no juega papel alguno, según se pondrá a continuación.

3. TRANSCENDENCIA DE LA CULPA DEL DEMANDADO COMO ELEMENTO INHIBIDOR DE LA ASUNCIÓN DEL RIESGO POR LA VÍCTIMA EN LA PRÁCTICA DEPORTIVA

La exoneración de responsabilidad asociada a la asunción del riesgo solo cubre aquel daño producido en el seno de una actividad cuyo riesgo ordinario y esperable es asumido por la víctima. Lo que implica asimismo que el demandado no habrá incumplido ningún deber de diligencia posibilitador de un incremento del riesgo

de que el resultado dañoso se produzca con respecto a lo que es normal en la situación de riesgo que se asume. En definitiva, el demandado no habrá actuado con culpa³³. El autor del daño habrá actuado dentro del marco de las reglas de la diligencia exigible pues en otro caso subsiste el deber de indemnizar³⁴. En concreto, deberá subsistir el deber de indemnizar si incumbía al demandado adoptar medidas de seguridad encaminadas a evitar o a disminuir el riesgo de lesiones.

Como se verá a continuación al hilo de la exposición de las sentencias escogidas, la resolución de la pretensión indemnizatoria de la víctima pasa pues por el análisis de la culpa del demandado, sin presunciones de culpa ni aplicando con rigor el cumplimiento del requisito de la diligencia. La desestimación de la pretensión de la víctima con base en su propia asunción del riesgo pasa pues por el análisis de la diligencia del demandado sin ningún género de objetivación siempre que se concluya que la diligencia ha sido completa (por ejemplo, por el cumplimiento de los deberes de seguridad impuestos por la normativa aplicable a la actividad).

En definitiva, para paralizar el desencadenamiento de la responsabilidad civil, el juzgador deberá contrastar que no hay una omisión de la diligencia exigible en el demandado que creara o incrementara el riesgo de producción del resultado dañoso con respecto al riesgo previsible de cada actividad conocido y asumido voluntariamente por el participante en cada deporte o actividad.

A) Casos en que se aplica la asunción del riesgo de la víctima

En el caso de la STS de 22 de diciembre de 2009, el piloto se cae en un circuito de supercross sufriendo graves lesiones demandando a la organización por la existencia de un obstáculo en el circuito que incrementaba el riesgo de producción de la caída. El Tribunal Supremo rechaza la pretensión del demandante en base a su propia asunción del riesgo pues la organización no incrementó el riesgo, de forma imprevisible o desproporcionada, de producción del resultado inherente a la propia práctica deportiva y asumido por todos los participantes.

La asunción del riesgo de la víctima se aplica por las siguientes razones: 1.^a. Cumplimiento de la regulación reglamentaria sobre la distancia del obstáculo, que es característico de esta suerte de carreras. 2.^a. El circuito estaba trazado desde el año 1998 y era conocido por la víctima, profesional en este deporte, pues lo había recorrido en numerosas ocasiones, por lo que conocía el riesgo. 3.^a. La víctima aceptaba el riesgo como parte de su actividad. 4.^a. La caída se produce por razones propias de la carrera o de la pericia de la víctima.

Las carreras ciclistas también han dado lugar a abundantes pronunciamientos a la hora de delimitar la figura de la asunción del riesgo y los deberes de diligencia del organizador de la carrera, que es quien conoce el riesgo que genera la carrera, y debe controlar ese riesgo tomando las medidas de protección. Como señala la STS de 31 de mayo de 2006, «el ciclismo profesional, especialmente en ciertas circunstancias de tiempo y lugar, sin ser un deporte peligroso, encierra como toda actividad deportiva un indudable riesgo». Los ciclistas aceptan participar voluntariamente en la actividad y exponerse al riesgo que la carrera comporta. Cuando el daño se produce como consecuencia del peligro inherente a la actividad, entra en juego la asunción del riesgo por la víctima, no pudiéndose imputar el resultado al organizador de la actividad.

El organizador no puede asumir la responsabilidad de todo daño que ocurra en el desarrollo de la prueba (ello equivaldría a la afirmación de una responsabi-

lidad objetiva incompatible con el art. 1902 CC) cuando la actividad se desarrolla en un marco adecuado y con la adopción de las medidas necesarias para evitar los riesgos previsibles que pueden derivarse para los que practican la actividad de una forma libre y voluntaria.

En cuanto a los riesgos que la propia competición genera, los profesionales los conocen y los asumen voluntariamente como parte de su actividad. El ciclista consiente situaciones de peligro para su integridad física (pensemos en los descensos a gran velocidad o la disputa de un *sprint* masivo). Son riesgos que el ciclista conoce y acepta, no generados por la organización.

Pero sí recae sobre el organizador la obligación de adoptar todas las medidas de seguridad necesarias (por ejemplo, en el diseño de la ruta) para evitar los riesgos propios a esta práctica deportiva, garantizando la integridad de todos los que participan en la carrera de un modo u otro, sean corredores, espectadores, auxiliares, evitando en el recorrido lugares o situaciones que signifiquen un riesgo para la seguridad de las personas. Y es que una cosa es que no se pueda poner a cargo de la organización medidas o precauciones propias de los ciclistas, y otra muy distinta que el organizador de la carrera quede al margen del deber de diligencia cuyo incumplimiento genera responsabilidad con arreglo al artículo 1902 del Código civil.

Un caso de la aplicación de la asunción del riesgo por la víctima puede encontrarse en la STS de 11 de diciembre de 2009 en un caso de caída de ciclista por barranco en el curso de una carrera ciclista no profesional. El Tribunal Supremo descarta la aplicación de la doctrina del riesgo y ciñe su ámbito de aplicación a «riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño cuando está obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole». El ciclismo deportivo, señala, «no es una actividad peligrosa que implique un riesgo considerablemente anormal, antes al contrario se trata de una actividad reconocida y practicada por numerosos deportistas con los requisitos que la reglamentación impone, incluido el de la adecuación de la carretera a la prueba».

El Tribunal Supremo exime de responsabilidad a los organizadores de la carrera puesto que la caída del ciclista se produce sin culpa de la organización, por lo que el daño no se encuentra amparado por el artículo 1902 del Código civil. Para valorar la culpa, no se extreman los deberes de diligencia del organizador, como sería lo propio de la doctrina del riesgo. De ese modo, se considera que no hay incumplimiento por la entidad organizadora de su deber de diligencia por la omisión de una medida de seguridad consistente «en haber protegido los márgenes de la carretera —entre quitamiedos— por donde circulaba la carrera con balizas o fardos de paja para evitar posibles salidas por el arcén y caídas de los ciclistas»³⁵.

Ni la existencia de una bajada en el trazado del itinerario de la carrera ni la posible existencia de gravilla en el suelo denotan falta de la diligencia exigible a la organización pues «es un dato perceptible para quien está capacitado para acometer la prueba y apto para razonar una previsibilidad de riesgo potencial de caída y eventual salida de la calzada bajando el puerto con la bicicleta, como también lo es, en mayor medida, la existencia del barranco por el que cayó». La organización no incrementó con su falta de diligencia el riesgo de producción del accidente, con respecto al peligro normal, típico y previsible que resulta de la actividad. En virtud de la asunción del riesgo, los riesgos que la propia competición genera son los conocidos y asumidos por los deportistas voluntariamente como parte de su actividad.

En ese sentido, quedarían fuera del ámbito de responsabilidad del organizador, por faltar los requisitos de previsibilidad y de evitabilidad, los casos de

accidentes causados por la existencia de obstáculos no previsibles en el momento en que se diseña la carrera, que deben ser asumidos por la víctima en virtud de su colocación voluntaria en la situación de peligro.

También aplica la asunción del riesgo como causa de exoneración de la responsabilidad civil, la STS de 17 de octubre de 2001, en un caso de fallecimiento en la práctica de la actividad deportiva conocida como «rafting» al caerse la víctima de la balsa neumática, siendo demandados la asociación responsable de la actividad y el monitor. El Tribunal Supremo entiende que no ha lugar a responsabilidad con apoyo en la doctrina de la asunción del riesgo propio de la actividad deportiva, al darse todos sus requisitos. La dificultad técnica del punto en el que se produce el accidente no excede de lo que es normal en descensos de este tipo y que han de sortear los participantes. Se trata de una actividad realizada voluntariamente, cuyo peligro es conocido por el deportista, y el accidente se produce dentro del ámbito del riesgo asumido y aceptado. Conclusión a la que se llega tras contrastar que no hay una omisión de la diligencia exigible en los demandados que creara o incrementara el riesgo de producción del resultado dañoso conocido y asumido por los participantes en este tipo de deportes que no es otro que el vuelco o caída al agua por el propio recorrido turbulento de las aguas consustancial a la actividad deportiva³⁶.

La misma doctrina ha aplicado el Tribunal Supremo para los daños ocasionados por la práctica de actividades de ocio peligrosas en la STS de 30 de noviembre de 2009, descartando la aplicación de la doctrina del riesgo. En el caso, se trataba de un accidente producido en una excursión con vehículos «quad» contratada por las víctimas, señalando el Tribunal Supremo que solo se puede desplazar la responsabilidad al responsable de la actividad (que crea, aun de forma controlada, la situación de peligro) cuando se prueba su culpa o negligencia, que no queda acreditada en el caso por lo que «no se ha producido un incremento inesperado de los riesgos esperados». Las víctimas tienen que pechar definitivamente con el daño en base a la asunción del riesgo pues «el riesgo era conocido por los actores y como tal lo aceptaron de una forma voluntaria» a lo que se añade que «este riesgo podían controlarlo a través de la información que recibieron de los organizadores antes de la prueba y de la tutela específica del guía».

En estos sectores de actividad (nuevos deportes o actividades de ocio de aventura) también destaca la obligación del responsable de la actividad de informar a los participantes sobre los riesgos de la actividad, dando lugar el incumplimiento de semejante obligación a una paralización de la aplicación de la asunción del riesgo. Derecho a ser informado que es, además, un derecho de los consumidores conforme al TRLCU³⁷.

En el caso de la STS de 5 de septiembre de 2007, se trata de un accidente en una piscina municipal cuando un bañista recibe el impacto de otro bañista que accedía al vaso desde una plataforma elevada, siendo demandado el ente público titular de la piscina. El Tribunal Supremo descarta la responsabilidad del demandado porque no hay incumplimiento de los deberes que le son exigibles³⁸.

En el caso de la STS de 21 de mayo de 2009 se trata de un accidente en una embarcación con fallecimiento en el mismo accidente de ambos ocupantes. La familia de una de las víctimas reclama una indemnización al titular de la embarcación (fallecido en el mismo accidente). El Tribunal Supremo desestima la pretensión con base en los siguientes argumentos: 1.º No se ha probado la culpa o negligencia del demandado, fallecido en el mismo accidente. 2.º El fallecido cuya familia reclama la indemnización tenía también un título para manejar embarcaciones del tipo de la naufragada. 3.º El riesgo fue asumido por ambos navegantes.

Otro ejemplo de exoneración de responsabilidad en virtud de la asunción del riesgo por la víctima puede encontrarse en la STS de 21 de mayo de 2008, en un caso en que la víctima es arrollada por un toro, tras decidir voluntariamente bajar al ruedo y participar activamente en una corrida de vaquillas, permaneciendo en el ruedo una vez que los responsables del festejo anunciaron la necesidad de desalojo del ruedo pues iba a entrar en él un toro «manso» para enfilar a las vaquillas.

El Tribunal Supremo aprecia la concurrencia de todos los requisitos para aplicar la figura de la asunción del riesgo, y la ausencia de culpa por parte del organizador de la actividad, sin ningún tipo de «objetivación de la culpa» y, en ese sentido, señala que la víctima «participó voluntariamente en una actividad claramente de riesgo, asumió este y, por ende, sus consecuencias, e incluso lo incrementó, permaneciendo en el ruedo con inobservancia de las instrucciones de los organizadores, a quienes no puede atribuirse la creación de un mayor riesgo que el aceptado por aquel, ni tampoco reprochárseles omisión de deber de diligencia alguno causalmente relevante en la producción del resultado lesivo, ante lo que se revela como un comportamiento voluntario del perjudicado que contribuye eficaz y decisivamente a la producción del daño, en la medida en que se ha colocado a sí mismo en posición de sufrir el riesgo propio de la actividad en la que participaba».

B) Casos en que no se aplica la asunción del riesgo: incremento del riesgo por el organizador de la actividad

Según ya se ha señalado, cuando el responsable de la actividad incrementa con su acción u omisión el riesgo de que el daño se produzca, la alegación de la asunción del riesgo por la víctima no exime de responsabilidad. Muy ejemplificativa de esa cuestión resulta la STS de 9 de febrero de 2011 en un caso de caída en una estación de esquí a consecuencia de la cual el esquiador sufre graves daños, por colisionar tras la caída y deslizamiento por la nieve contra un cañón de nieve artificial situado en un lugar próximo a la pista de esquí.

Con acierto, entiende el Tribunal Supremo que, con la colocación de ese cañón en un lugar cercano a la pista, la demandada (entidad titular de la estación) aumentó considerablemente el riesgo de accidente inherente a la propia práctica del esquí y en ese sentido se afirma que la empresa demandada «contribuyó a incrementar el riesgo propio de la actividad deportiva colocando en un lugar próximo a la pista un elemento artificial, rígido y duro, como un cañón artificial, que generaba riesgo evidente de lesiones en caso de colisión, incluso si esta se producía por consecuencia de un deslizamiento subsiguiente a una caída». Por lo que el dueño de la estación de esquí se encontraría obligado a poner los medios adecuados para evitar el daño previsible acorde con el riesgo creado³⁹. Se trata de un caso de responsabilidad subjetiva del artículo 1902 del Código civil y la falta de diligencia de la empresa titular de la estación demandada proviene por no haber adoptado las medidas de seguridad encaminadas a evitar o a disminuir el riesgo de lesiones de los esquiadores en caso de colisiones contra el mencionado cañón, que son previsibles por ser habituales las caídas durante la práctica del esquí («el colchón naranja, por sus características —grosor insuficiente— no servía para preservar la integridad de los esquiadores en caso de impacto»). Como viene siendo habitual en la jurisprudencia reciente, el Tribunal Supremo descarta la aplicación de la doctrina del riesgo, y señala que, en realidad, envuelve la aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una deducción de la culpa basada en la evidencia⁴⁰.

En la práctica deportiva ciclista también pueden encontrarse ejemplos de casos en los que el incremento del riesgo por parte de la organizadora de la carrera genera la responsabilidad correspondiente sin que la asunción del riesgo juegue papel alguno.

En la STS de 31 de mayo de 2006 se hace responsable a la organizadora de la carrera por haber incurrido en culpa por la caída de un ciclista por una omisión negligente que incrementa el riesgo de que el resultado lesivo se produzca al haber diseñado una etapa que contemplaba el paso de un largo túnel sin iluminación con evidente riesgo para los ciclistas (riesgo que es distinto de los que la propia competición genera). En efecto, recae sobre el organizador la obligación de adoptar todas las medidas de seguridad necesarias en la fase de diseño de la ruta para evitar los riesgos propios de la práctica deportiva (la caída de los corredores en este caso) sorteando en el recorrido lugares o situaciones que signifiquen un riesgo para la seguridad. El riesgo de la actividad pesa sobre el ciclista, pero el organizador de la carrera queda sometido a responsabilidad subjetiva o por culpa con arreglo al artículo 1902 del Código civil pues la asunción del riesgo no cubre los daños producidos por faltar la diligencia exigible.

En el mismo sentido, la STS de 9 de abril de 2010 declara la responsabilidad del organizador de la carrera por el fallecimiento de un auxiliar en labores de información en ruta a los corredores al colisionar con él un ciclista imputándose el resultado a la organización por falta de diligencia, con apoyo en la obligación del organizador de tomar todas las medidas de seguridad que la prudencia imponga para salvaguardar la integridad de los participantes en la prueba, evitando en el recorrido o en el sitio de la competición, lugares o situaciones que presenten un riesgo particular para la seguridad de las personas (y no solo los corredores como ya señalara la STS de 11 de diciembre de 2009) y en ese sentido se afirma que «hay una conducta única y gravemente negligente de la organización que ha creado un riesgo previsible en relación al auxiliar que pudo ser eliminado mediante una conducta diligente, pues falta de previsión y diligencia hay en quien no pone los medios adecuados para evitar el daño teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad que se estaba llevando a cabo: prueba ciclista en la que se coloca a una persona sin la suficiente especialización al mismo nivel que los ciclistas, en uno de los dos carriles de la carretera por donde circulaban, fuera de la visión de alguno de ellos e incluso de quienes les acompañan, en labores de auxilio o información, y sin protección alguna».

En el caso de la STS de 14 de marzo de 2011 un submarinista sufre graves lesiones al ser atropellado por una embarcación a motor cuando ascendía a la superficie. En el caso confluyen dos actividades arriesgadas, la conducción de una embarcación a motor y la propia práctica del submarinismo. Ciertamente hay una parte importante de responsabilidad (50%) que absorbe la culpa de la propia víctima⁴¹. En cuanto a la parte de responsabilidad no cubierta por la culpa de la víctima, el Tribunal Supremo rechaza la asunción del riesgo de la víctima al considerar que hay culpa por parte del conductor de la embarcación y así se señala que «la responsabilidad del piloto de la embarcación no se hace descansar únicamente en el riesgo creado por la conducción de una embarcación deportiva sino que, con absoluto respeto al sistema tradicional culpabilístico, se asienta en la omisión de la diligencia extrema que cabía exigirle en atención al extraordinario riesgo que origina quien conduce una embarcación de recreo, superior y completamente ajeno al asumido por la propia víctima con la práctica deportiva». A lo que se añade que «quien conduce una embarcación, habida cuenta del específico y extraordinario riesgo creado por su conducción —mayor que el propio de la

práctica del submarinismo desde el momento que el deportista asume su propia puesta en peligro mientras que de la conducción de un barco se deriva un peligro para bienes ajenos—, debe agotar la diligencia que le marcan las circunstancias en aras a evitar un accidente con otras embarcaciones o con bañistas».

En cuanto a la prueba, entiende que es al conductor de la embarcación a quien corresponde acreditar el cumplimiento del deber de diligencia, pero no en base a la aplicación de la inversión de la carga de la prueba propia de la doctrina de la responsabilidad por riesgo, sino por aplicación del principio de facilidad probatoria del artículo 217 del Código civil, teniendo en cuenta que, a la hora de valorar la culpa, hay que tener en cuenta que un riesgo mayor conlleva un deber de previsión mayor por parte de quien lo crea o aumenta. Y en ese sentido se afirma que «en atención al riesgo generado, el piloto no ha probado la adopción de las especiales medidas de precaución que le eran exigibles para evitar riesgos a la vida e integridad físicas de los bañistas, las cuales no cabe circunscribir a una zona determinada desde el momento que el deber de precaución subsiste desde la puesta en marcha de la embarcación, momento en que el agente desencadena el riesgo, hasta que se detenga, y debe acomodarse en cada momento a las concretas circunstancias que se encuentre durante la conducción».

4. ESPECTADORES DE ESPECTÁCULOS DEPORTIVOS O DE OCIO PELIGROSOS

Cuestión que suscita mayores problemas es la aplicación de la figura de la asunción del riesgo a los espectadores de espectáculos peligrosos y si estos, al igual que los deportistas, asumen los riesgos derivados del desarrollo de la actividad de la que participan voluntariamente sin culpa suya⁴². Como se expondrá a lo largo de estas páginas, la aplicación de la asunción del riesgo por el espectador para paralizar el desencadenamiento de la responsabilidad civil va a depender en definitiva de si el tribunal aplica la doctrina del riesgo o aplica la responsabilidad por culpa del demandado sin ningún género de objetivación con apoyo en el artículo 1902 del Código civil (lo que constituye la tendencia jurisprudencial más reciente)⁴³.

Según lo expuesto en este trabajo para la práctica deportiva, es incuestionable que quedan fuera del ámbito de aplicación de la asunción del riesgo de los espectadores, los riesgos relacionados con la seguridad de la competición o actividad peligrosa. La falta de adopción de las correspondientes medidas de seguridad de la actividad peligrosa deriva en la negligencia del organizador de la actividad y ya se ha dicho que el efecto de la asunción del riesgo no es más que excluir la aplicación de una responsabilidad sin culpa, solo con apoyo en el riesgo consustancial a la actividad peligrosa como es lo propio de los regímenes de responsabilidad objetiva o «cuasiobjetiva» en los que se atribuye la responsabilidad al agente sin culpa o en base a una «culpa objetivada» por el riesgo creado por el desarrollo de una actividad que genera un peligro intenso.

Y así, tratándose de daños en espectadores, son numerosos los pronunciamientos jurisprudenciales en los que se ha descartado la aplicación de la asunción del riesgo, por la vía de aplicar la doctrina del riesgo intensificando los deberes de diligencia del organizador, reconduciendo los daños a defectos en la seguridad de la competición o actividad peligrosa de que se trate, y neutralizando de ese modo la asunción del riesgo, por lo que la víctima quedaba cubierta teniendo que responder del daño el organizador de la actividad.

Muchas veces sobre la base del incumplimiento de deberes de diligencia o de cuidado exquisitos, de manera que, aunque formalmente no se erigiera el riesgo como criterio de responsabilidad, se daba un acercamiento a la responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva al intensificar hasta el extremo los deberes de diligencia del organizador, pues siempre se puede encontrar un deber adicional de diligencia que no se ha cumplido y que hubiera evitado el daño en el caso concreto⁴⁴.

Se puede poner como ejemplo de esa tendencia la STS de 31 de mayo de 1997, en la que se declara la responsabilidad del organizador por haber faltado las medidas de seguridad sin que proceda la aplicación de la asunción del riesgo de la víctima. En ese caso, un espectador de corta edad sufre graves lesiones en un ojo cuando presenciaba un campeonato de taekwondo al recibir el impacto de una astilla proveniente de la zona donde se realizaba la competición al haberse desprendido de uno de los palos, que no estaba preparado para su correcta utilización «tanto por la insuficiencia de medios de seguridad protectora, como el plus que representa que la calidad y resistencia de palos utilizados no era la adecuada y suficiente» para evitar el desprendimiento de trozos, al ser golpeados violentamente. Concluyendo que resulta patente que la actuación del responsable de la actividad «no fue lo ajustado a la diligencia media, atendiendo a las circunstancias concurrentes del caso concreto, a fin de evitar daños ajenos, ya que la ausencia de medidas de prudencia y seguridad se presentan notorias y suficientemente acreditadas»⁴⁵.

Por otro lado, el caso de los daños sufridos por espectadores de pruebas automovilísticas es un buen ejemplo de grupo de casos que ha quedado fuera del ámbito propio de la aplicación de la asunción del riesgo para eximir de responsabilidad al organizador de la prueba. Dada la alta peligrosidad de esa práctica deportiva, ha sido un campo abonado para la aplicación de la doctrina del riesgo cuando hay daños a espectadores y, por ende, no ha tenido entrada la asunción del propio riesgo, aunque sí en algún caso se ha apreciado la culpa de la víctima cuando los espectadores se colocan en zonas de peligro perfectamente delimitadas y señalizadas.

La doctrina del riesgo parte de la base de que el autor de toda actividad, aun lícita y permitida, que crea un riesgo o peligro especial para los demás, debe responder de las consecuencias dañosas. Lo que se facilita con la presunción de culpa del demandado, extremándose los deberes de diligencia. Y, como ya se ha dicho, si hay culpa en el organizador de la actividad, no cabe la aplicación de la asunción del propio riesgo.

Resulta muy ejemplificativa la STS de 27 de junio de 2001 en el caso de daños causados a unos espectadores de una prueba automovilística celebrada en un circuito urbano, atribuyéndose el daño a una falta de diligencia del organizador pese a que los espectadores se colocaron voluntariamente, desoyendo las advertencias de peligro, en una zona especificada de peligro. Pero —añade el Tribunal Supremo— también es cierto que ello «no fue tajantemente prohibido por el vigilante nombrado por la organización, para lo que tenía facultades totales, limitándose únicamente a advertirlas del peligro de la zona, según la versión del vigilante, negado por las afectadas». La celebración de una prueba automovilística en un circuito urbano, cuyo núcleo esencial es la velocidad de los vehículos participantes «obliga a extremar todas las precauciones y con mayor intensidad cuando puede estar en peligro la integridad física de las personas, entre las que cabe incluir las que suponen efectiva actividad material, como las de vigilancia, control y mantenimiento, a fin de evitar que se transforme en daño efectivo lo que consta como peligro potencial cierto».

También descarta la aplicación de la asunción del riesgo por las víctimas para eximir de responsabilidad al artífice de la actividad peligrosa, la STS de 21 de marzo de 2007 en un caso de atropello a espectadores de una competición automovilística, aunque en ese caso, a diferencia del anterior, se aprecia la culpa de las víctimas por su colocación en una zona de peligro debidamente señalizada, absorbiendo su propia conducta una pequeña parte de la responsabilidad (el 20% porque no solo «sobrepasaron la cinta que, a modo de precaria línea de seguridad, habían colocado en el lugar los organizadores de la prueba, sino que incluso superaron los quitamiedos de hormigón situados en el borde de la calzada, por lo que prácticamente se colocaron dentro de ella»). En cuanto a la parte no cubierta por la culpa de las víctimas (el 80% restante), entiende el Tribunal Supremo que hay culpa de los organizadores de la prueba, con exclusión de la aplicación de la asunción del riesgo, teniendo en cuenta «su negligente omisión de la adopción de las medidas de protección adecuadas para evitar el resultado lesivo, de previsible acontecer, y de su falta de vigilancia y de adopción de las decisiones pertinentes respecto de la suspensión de la prueba, ante el patente riesgo que constituía la presencia del público en un lugar manifiestamente inadecuado y peligroso. Los hechos son, pues, ciertamente demostrativos de la culpa *in omitendo* e *in vigilando* de los organizadores del evento, y permiten con facilidad declarar su responsabilidad por los daños producidos».

El caso de la STS de 10 de febrero de 2003 no genera dudas a la hora de excluir la aplicación de la asunción del riesgo, tratándose en este caso del fallecimiento de un espectador no participante en un festejo taurino concurriendo una grave falta de diligencia del ayuntamiento organizador del evento. La víctima presenciaba el encierro de vaquillas sentado en un banco a las puertas de un bar por lo que «el reproche culpabilístico a la entidad organizadora resulta de la grave omisión en que incurrió al no extenderse la certificación correspondiente a la supervisión por el arquitecto de las instalaciones a utilizar, entre ellas, la de las calles por las que había de discurrir el encierro hasta la plaza de toros. Tal omisión resulta especialmente significativa, cuando la función de la certificación de marras, es la de verificación y constancia de que las instalaciones reúnen las adecuadas condiciones de seguridad y solidez, que, en el caso, deberían haber sido, como mínimo vallas de seguridad en el recinto que libremente se comunicaba, según lo probado, con las puertas del bar donde estaban instalados los bancos»⁴⁶.

Más recientemente, y en sentido distinto a los pronunciamientos anteriores en materia de asunción del riesgo por los espectadores de eventos deportivos de riesgo, se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia de 7 de marzo de 2018, alejándose de la doctrina del riesgo en un caso de daño causado a una espectadora de un partido de fútbol de un campeonato oficial por un balón proyectado desde el campo de juego. Los hechos que dan lugar a la sentencia son los que a continuación se exponen. En mayo de 2013, una espectadora de un partido de fútbol profesional sufre graves daños en un ojo por un disparo de balón lanzado desde el terreno de juego durante las actividades de precalentamiento de los jugadores previas al partido mientras ocupaba su asiento, que estaba situado detrás de la portería. Interpone demanda contra el organizador del evento deportivo y la compañía de seguros pretendiendo una indemnización por las lesiones sufridas alegando que era un mero espectador y que no participaba en el juego y que el club de fútbol no adoptó las medidas de seguridad necesarias para prevenir tales daños. El JPI de Zaragoza desestima la demanda con expresa imposición de costas a la demandante. Interpuesto recurso de apelación, la SAP de Zaragoza declara no haber lugar al recurso y confirma la resolución recurrida.

Contra esa sentencia, la demandante interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo niega el desencadenamiento de la responsabilidad civil admitiendo la asunción del riesgo de la víctima considerando rota la relación de causalidad entre la acción y el daño desde el punto de vista jurídico. La asunción del riesgo por el espectador viene ligada al entendimiento de que no concurre culpa del club de fútbol, lo que se valora sin aplicación de ningún expediente objetivador. En concreto, el Tribunal Supremo se plantea si la falta de redes en los fondos de la portería alegada por la demandante podría suponer ese incumplimiento del deber de diligencia que incrementara el riesgo de producción del resultado dañoso «con respecto al usual, esperado y conocido en un partido de fútbol asumido por los espectadores».

Y concluye razonablemente que no hay incumplimiento de un deber de diligencia que incrementara el riesgo de la producción del resultado por la falta de redes en los fondos de la portería, pues, aparte de que la normativa reglamentaria aplicable no exige tales redes, se trata de «una situación conocida por los espectadores, su colocación en el campo no se hace en interés de estos, puesto que dificultará la visión, sino atendiendo a potenciales criterios de orden público que prevalecen sobre el de los espectadores». Ciertamente que el mero cumplimiento de la normativa reglamentaria aplicable no excluye por sí solo la posible infracción de un deber de diligencia determinante de responsabilidad. Pero ello tampoco significa que siempre que «se produzca un resultado dañoso debe responderse porque las medidas adoptadas resultaron ineficaces e insuficientes, pues tal conclusión, sin matices, conduce a la responsabilidad objetiva pura o por daño, que no es el sistema que regulan los artículos 1902 y 1903 CC».

Para la valoración del cumplimiento del deber de diligencia del organizador del espectáculo, el alto tribunal se remite a «las circunstancias personales, de lugar y tiempo concurrentes, y la diligencia socialmente adecuada en relación con el sector de la vida o del tráfico en que se produce el acontecimiento dañoso». Siguiendo la tendencia jurisprudencial actual contraria a la aplicación de la doctrina del riesgo, no hay inversión de la carga de la prueba y no se extrema (como se había hecho hasta el momento en el caso de los espectadores en las sentencias reseñadas) el cumplimiento de los deberes de diligencia hasta encontrar la culpa del demandado que excluiría la asunción del riesgo por la víctima.

Sin la «objetivación» de la culpa propia de la doctrina del riesgo, el Tribunal Supremo concluye que no hay infracción de deberes de diligencia que incrementaran la producción del resultado dañoso, por lo que se acaba concluyendo que el riesgo de la actividad corre a cargo de quien voluntariamente lo asume participando del espectáculo, aunque sea como un espectador pues otra cosa equivaldría a la afirmación de una responsabilidad objetiva contraria al sistema de responsabilidad por culpa del artículo 1902 del Código civil, máxime cuando se participa voluntariamente en la actividad arriesgada.

Cada espectáculo deportivo tiene su propio riesgo y el riesgo del espectador de recibir el impacto de un balón que sale despedido hacia la grada es consustancial al propio espectáculo del fútbol⁴⁷. Quien acude a esos espectáculos conoce y asume ese riesgo, por lo que el hipotético daño se traslada al ámbito de responsabilidad de la víctima, que controla y asume esa fuente potencial de peligro. En ese sentido se concluye que el espectador «asume un riesgo propio del juego o espectáculo que conoce, como es el que un balón pueda proyectarse con mayor o menor potencia hacia la grada que ocupa reglamentariamente detrás de la portería. La responsabilidad del organizador del evento deportivo no debe enjuiciarse desde la óptica del singular riesgo creado por un lance ordinario del

juego, al que es ajeno. El riesgo que se crea no es algo inesperado o inusual, del que deba responder».

En definitiva, la no aplicación de la doctrina del riesgo en el caso de daños sufridos por espectadores de espectáculos peligrosos, sitúa en la esfera del espectador el riesgo de sufrir algún daño que sea materialización del riesgo intrínseco a la propia actividad peligrosa, y, como tal, conocido y esperable, pues la propia asistencia al espectáculo supone la asunción voluntaria de ese riesgo, siempre, claro está, que el organizador de la actividad no haya incrementado, con un incumplimiento del deber de diligencia que le es exigible, el riesgo de producción de ese resultado, tal y como ha venido ocurriendo en la propia práctica deportiva.

La culpa del demandado se valorará sin ningún expediente objetivador, sin perjuicio de que, cuanto mayor sea el peligro de la actividad con espectadores, mayores medidas de seguridad son exigibles al organizador para evitar la materialización en daño del riesgo típico de la actividad peligrosa.

La reinante tendencia jurisprudencial actual contraria a la aplicación de la doctrina del riesgo favorece la aplicación de la asunción del riesgo por la víctima y no solo por lo que se refiere a la práctica activa del deporte sino también cuando la víctima es un espectador, descartando así la responsabilidad del organizador, al menos por lo que a los espectadores de juegos de pelota se refiere.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 22 de octubre de 1992
- STS de 12 noviembre de 1993
- STS de 20 de marzo de 1996
- STS de 24 de marzo de 1996
- STS de 31 de mayo de 1997
- STS de 16 de octubre de 1998
- STS de 14 de abril de 1999
- STS de 27 de junio de 2001
- STS de 17 de octubre de 2001
- STS de 27 de septiembre de 2001
- STS de 2 de marzo de 2002
- STS de 10 de febrero de 2003
- STS de 9 de marzo de 2006
- STS de 31 de mayo de 2006
- STS de 26 de enero de 2007
- STS de 21 de marzo de 2007
- STS de 5 de septiembre de 2007
- STS de 21 de mayo de 2008
- STS de 30 de mayo de 2008
- STS de 17 de febrero de 2009
- STS de 2 de marzo de 2009
- STS de 21 de mayo de 2009
- STS de 30 de noviembre de 2009
- STS de 11 de diciembre de 2009
- STS de 22 de diciembre de 2009
- STS de 9 de abril de 2010

- STS de 11 de diciembre de 2010
- STS de 6 de febrero de 2011
- STS de 9 de febrero de 2011
- STS de 14 de marzo de 2011
- STS de 18 de marzo de 2014
- STS de 22 de septiembre de 2015
- STS de 24 de febrero de 2017
- STS de 7 de marzo de 2018
- STS de 4 de mayo de 2018
- STS de 5 abril de 2019

SENTENCIAS DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Barcelona (Sección 4.^a) de 16 de diciembre de 2004
- SAP de Valencia (Sección 11.^a) de 30 de diciembre de 2016
- SAP de Madrid (Sección 9.^a) de 25 de junio de 2015

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F. (2013). Responsabilidad civil por actividades en sectores de riesgo: la responsabilidad por riesgo de la empresa y la práctica de actividades peligrosas. En Busto Lago, J.M./Reglero Campos, L.F. (coord.). *Lecciones de Responsabilidad Civil*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 377-406.
- ÁLVAREZ OLALLA, P. (1999). Comentario a la STS de 16 de octubre de 1998. *CCJC* núm. 49, 353-362.
- ARCOS VIERA, M.^a L. (2018). *La inversión de la carga de la prueba de la culpa en la responsabilidad extracontractual: el fin de un principio*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- BADILLO ARIAS, J.A. (2016). La asunción del riesgo como causa exoneradora de la responsabilidad civil. *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, núm. 11. Madrid: INESE, 3.
- BADORREY MARTÍN, B. (2016). La responsabilidad por daños en festejos taurinos populares: una revisión crítica histórica y jurisprudencial contemporánea. *RCDI*, núm. 755, 1650-1676.
- BLANQUER CRIADO, D.V. (2013). Fiestas populares y espectáculos: libre asunción de riesgos y responsabilidad patrimonial de la Administración. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública: estudio general y ámbitos sectoriales*. Vol. 2. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1851-1935.
- BURGOS, D., MARCHAND, M., PARELLADA, C.A. (2014). La asunción del riesgo: ¿causa eximente o de justificación? ¿Cumple ambas funciones o ninguna?. *Revista Crítica de Derecho Privado*, n^o 11, 789-820.
- BUSTO LAGO, J.M. (1998). *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Tecnos.
- BUSTO LAGO, J.M. y REGLERO CAMPOS, L.F. (2013). *Lecciones de Responsabilidad Civil*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- CARRASCO PERERA, A. (2020). Revisión conceptual de la imputación y prueba de la culpa aquiliana. En M.J. Herrador Guardia (coord.). *Derecho de daños*. Madrid: Lefebvre, 91-164.

- CAVANILLAS MÚGICA, S. (2007). La asunción del riesgo por la víctima. En M.J. Herrador Guardia/Reglero Campos (coord.). *Sobre la responsabilidad civil y su prueba*. Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros, 61-90.
- DÍAZ ALABART, S. (2015). Daños en festejos taurinos, en *La Responsabilidad Civil por Daños Causados por Servicios Defectuosos. Estudios de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, 2.ª ed., Madrid, 2015, 1044.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (1999). *Derecho de Daños*. Madrid: Civitas.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P. (2009). Información y asunción del riesgo en la práctica del esquí. *Aranzadi Civil*, núm. 3. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2779-2794.
- EUROPEAN GROUP OF TORT LAW (2008). *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil* (traducido por la «Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado», coordinado por M. Martín-Casals). Cizur Menor: Thomson Aranzadi.
- EVANGELIO LLORCA, R. (2007). El fundamento de la Responsabilidad Civil por daños ocasionados durante la celebración de festejos taurinos en la jurisprudencia civil. En *La Responsabilidad Civil y su problemática actual*, J. A. Moreno Martínez (coord.), Madrid, 1166-1167.
- FERNÁNDEZ COSTALES, J. (2000). La responsabilidad civil deportiva. En *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, J.A. Moreno Martínez (coord.). Madrid: Dykinson, 227-252.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. (2008). *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Granada: Comares.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (2014). A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad. *Nuevo foro penal*, núm. 82, 81-131.
- MARÍN CASTÁN, F. (2020). Jurisprudencia consolidada y vigente del Tribunal Supremo en los pleitos por daños. En M.J. Herrador Guardia (coord.). *Derecho de daños*. Madrid: Lefebvre, 33-89.
- MARTÍN-CASALS, M. (2011). La «modernización» del Derecho de la responsabilidad extracontractual. En *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil*, XV Jornadas APDC. Murcia: Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones, 11-111.
- MEDINA ALCOZ, M. (2004). *La asunción del riesgo por parte de la víctima: riesgos taurinos y deportivos*. Madrid: Dykinson.
- ORTI VALLEJO, A. (2014). La responsabilidad civil en la explotación y práctica de actividades de ocio peligrosas. *Tratado de Responsabilidad Civil*. 5.ª edición. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 1531 y sigs.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (1990). Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación. En *Centenario del Código civil, 1889-1989*, T. II. Madrid: Asociación de Profesores de Derecho Civil.
- (1991). Comentario del artículo 1902 del Código civil. En C. Paz-Ares Rodríguez/L. Díez-Picazo Ponce de León/R. Bercovitz Rodríguez-Cano/P. Salvador Coderch (dir.). En *Comentario del Código civil*, T. II. Madrid: Ministerio de Justicia.
- PENA LÓPEZ, J.M. (2004). *Derecho de la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Cálamo.
- PEÑA LÓPEZ, F. (2002). *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*. Granada: Comares.

- (2013). Comentario al artículo 1902 del Código civil. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios al Código civil*. 4.^a edición. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2462-2467.
- (2013). Comentario al artículo 1902 del Código civil. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios al Código civil*. T. IX. Valencia: Tirant Lo Blanch (12960-13002).
- PIÑEIRO SALGUERO, J. (2009). *Responsabilidad Civil, Práctica Deportiva y Asunción de Riesgos*. Cizur Menor: Thomson Reuters.
- (2005). Análisis de la doctrina de la asunción del riesgo en la responsabilidad civil en el deporte. *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3.
- REGLERO CAMPOS, L.F./BUSTO LAGO, J.M. (coords.) (2014). *Tratado de Responsabilidad Civil*, 5.^a edición, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- REGLERO CAMPOS, L.F. (Actualización de PEÑA LÓPEZ, F.) (2013). El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas. En Busto Lago, J.M./Reglero Campos, L.F. (coord.). *Lecciones de Responsabilidad Civil*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 105-134.
- ROXIN, C. (2007). Injerencia e imputación objetiva. *Revista penal* núm. 19, 152-161.
- SEOANE SPIEGELBERG, J.L. (2014). Notas sobre la doctrina de la asunción de riesgos en la práctica deportiva. *Revista Actuarios*, núm. 35 (p22-26).
- SALAS CARCELLER, A. (2006). Relación causal e imputación objetiva en el ámbito de la culpa extracontractual. *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 31/2006 parte Comentario. Cizur Menor: Aranzadi.
- SOLÉ FELIÚ, J. (2003). Los perfiles borrosos de la asunción del riesgo en el derecho comparado. En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. T.2 Madrid: Civitas, 3097-3123.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (2001). *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Madrid: Dykinson.

NOTAS

¹ Se trataría de una omisión propiamente dicha cuando el curso causal no ha sido comenzado por el agente del daño. Se refiere a las omisiones puras el artículo 4:103 PETL bajo el epígrafe «Deber de proteger a los demás de daños».

² El requisito de la antijuridicidad, cuestionado por parte de la doctrina [PANTALEÓN PRIETO, F. (1991). Comentario del artículo 1902 del Código civil. En C. Paz-Ares Rodríguez/L. Díez-Picazo Ponce de León/R. Bercovitz Rodríguez Cano/P. Salvador Coderch (dir.). En *Comentario del Código civil*, T. II. Madrid: Ministerio de Justicia, 1995 y sigs.], se obtendría a partir de la aplicación de criterios de carácter normativo al concepto material de daño. Según esto, serían jurídicamente relevantes los daños que hayan lesionado un interés jurídicamente protegido. Vid. BUSTO LAGO, J.M. (1998). *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Tecnos, 180 y sigs.

³ Entre otros, MEDINA ALCOZ, M. (2004). *La asunción del riesgo por parte de la víctima: riesgos taurinos y deportivos*. Madrid: Dykinson, 254; PIÑEIRO SALGUERO, J. (2005). Análisis de la doctrina de la asunción del riesgo en la responsabilidad civil en el deporte. *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 35. Incluso admitiéndose cierto apartamiento de la normativa reglamentaria. Vid. SOLÉ FELIÚ, J. (2003). Los perfiles borrosos de la asunción del riesgo en el derecho comparado. En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. T. 2 Madrid: Civitas, 3114.

⁴ Por eso hay opiniones doctrinales que califican esta hipótesis de asunción del riesgo en sentido impropio pues si no hay culpa del organizador en el daño, no se desencadena la responsabilidad porque no hay ningún criterio de atribución de responsabilidad a un tercero. Vid. SOLÉ FELIÚ, J. (2003). Los perfiles borrosos de la asunción del riesgo en el derecho comparado. En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, cit.*, 3099.

⁵ ROXIN, C. (2007), *Revista penal*, núm. 19, 154.

⁶ DÍAZ ALABART, S. (2015), Daños en festejos taurinos, en *La Responsabilidad Civil por Daños Causados por Servicios Defectuosos. Estudios de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, 2.ª ed., Madrid, 1044; MEDINA ALCOZ, M. (2004). *La asunción del riesgo por parte de la víctima: riesgos taurinos y deportivos, cit.*, 166.

⁷ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (1999). *Derecho de Daños*. Madrid: Civitas, 304; BUSTO LAGO, J.M. (1998). *La antijuridicidad del daño resarcible en ...*, cit., 246 y sigs.; SOLÉ FELIÚ, J. (2003). Los perfiles borrosos de la asunción del riesgo en el derecho comparado. En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, cit.*, 3108; ORTÍ VALLEJO, A. (2014). La responsabilidad civil en la explotación y práctica de actividades de ocio peligrosas. *Tratado de Responsabilidad Civil*. 5.ª edición. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 1535.

⁸ Además del consentimiento de la víctima, son tradicionales causas de justificación que excluyen la responsabilidad civil y aplicadas por la jurisprudencia civil, el estado de necesidad, la legítima defensa, el ejercicio legítimo de un derecho.

⁹ SOLÉ FELIÚ, J. (2003). Los perfiles borrosos de la asunción del riesgo en el derecho comparado. En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, cit.*, 3099; SEOANE SPIEGELBERG, J.L. (2014). Notas sobre la doctrina de la asunción de riesgos en la práctica deportiva. *Revista Actuarios* núm. 35, 24-25.

¹⁰ SOLÉ FELIÚ, J. (2003). Los perfiles borrosos de la asunción del riesgo en el derecho comparado. En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. T. 2 Madrid: Civitas, 3111.

¹¹ Es el caso que da lugar a la STS de 9 de marzo de 2006, en el que un golfista fallece por el impacto de una pelota de otro jugador.

¹² Por eso CARRASCO PERERA, A. (2020). Revisión conceptual de la imputación y prueba de la culpa aquiliana. En M.J. Herrador Guardia (coord.). *Derecho de daños*. Madrid: Lefebvre, 132, afirma que, cuando un jugador causa un daño a otro o a un espectador por la materialización del riesgo típico de la actividad no responde por haber sido «diligente».

¹³ CARRASCO PERERA, A. (2020). Revisión conceptual de la imputación y prueba de la culpa aquiliana. En *Derecho de daños, cit.* 132, con cita de ROXIN.

¹⁴ Vid. CARRASCO PERERA, A. (2020). Revisión conceptual de la imputación y prueba de la culpa aquiliana. En *Derecho de daños, cit.* 142. Asimismo, resalta el autor que no juega la doctrina de la asunción del riesgo cuando la persona entra, aun sabiéndolo, en el entorno de una actividad arriesgada que depende de la pericia de otro de la que manifiestamente carece, caso que se reconduciría igualmente al concurso de culpas.

¹⁵ Según el artículo 3:101 de los PETL la «*conditio sine qua non*» es la primera regla de determinación de la relación de causalidad. Según ese artículo «una actividad o conducta (en adelante, actividad) es causa del daño de la víctima si, de haber faltado tal actividad, el daño no se hubiera producido».

¹⁶ Vid. artículo 3:201 PETL bajo el epígrafe «Alcance de la responsabilidad».

¹⁷ Constata que la jurisprudencia de la Sala Primera ha acogido plenamente la distinta consideración de la causalidad material o física y de la causalidad jurídica, mediante la exigencia de la imputación objetiva del resultado SALAS CARCELLER, A. (2006). Relación causal e imputación objetiva en el ámbito de la culpa extracontractual. *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 31/2006 parte Comentario. Cizur Menor: Aranzadi.

¹⁸ SSTS (Sala 2.ª) 5.4.1983; 20.5.1981. La importación de esos criterios a nuestro sistema de responsabilidad civil fue obra de PANTALEÓN PRIETO, F. (1990). Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación. En *Centenario del Código civil, 1889-1989*, T. II. Madrid: Asociación de Profesores de Derecho Civil, 1591 y sigs.; Comentario del artículo 1902 del Código civil. En C. Paz-Ares Rodríguez/L. Díez-Picazo Ponce De León/R.

Bercovitz Rodríguez Cano/P. Salvador Coderch (dir.). En *Comentario del Código civil*, T. II. Madrid: Ministerio de Justicia. 1982.

¹⁹ Como advierten DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (1999) *Derecho de Daños*. Madrid: Civitas, 346; MARTÍN-CASALS, M., La «modernización» del Derecho de la responsabilidad extracontractual. En *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil*, XV Jornadas APDC. Murcia: Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones, 55.

²⁰ REGLERO CAMPOS, L.F. (Actualización de PEÑA LÓPEZ, F.) (2013). El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas. En Busto Lago, J.M./Reglero Campos, L.F. (coord.). *Lecciones de Responsabilidad Civil*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 129. En la doctrina penal, también incluye la asunción del riesgo entre los criterios de imputación objetiva, GIMBERNAT ORDEIG, E. (2014). A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad. *Nuevo foro penal*, núm. 82, 92-93.

²¹ *Vid.* por ejemplo, la STS de 5 de abril de 1963, en un caso de desprendimiento, por causas indeterminadas, de una línea eléctrica de alta tensión que pasaba sobre una vía pública. O el caso de un incendio provocado por una mercancía muy combustible que se almacenó en un local inadecuado (STS de 8 de febrero de 1991); o el caso de la STS de 19 de febrero de 1987 relativa a un viajero que se lesionó cuando se apeaba del tren en el que viajaba.

²² STS de 9 de marzo de 1984 en el caso de un camión que se deslizó hacia atrás sin conductor causando daños en otro vehículo.

²³ MEDINA ALCOZ, M. (2004). *La asunción del riesgo por parte de la víctima: riesgos taurinos y deportivos*. Madrid: Dykinson, 50 y sigs. PEÑA LÓPEZ, F. (2013). Comentario al artículo 1902 del Código civil. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.). *Comentarios al Código civil*. T. IX. Valencia: Tirant Lo Blanch, 12987.

²⁴ Según esa sentencia, no es de aplicar la doctrina de la creación del riesgo ni de la inversión de la carga de la prueba, por no concurrir los requisitos del 1902 del Código civil, en el caso de daños ocasionados con ocasión de una caída durante un curso de parapente, actividad peligrosa en sí misma, curso al que se accede voluntariamente aceptando los riesgos del aprendizaje y práctica.

²⁵ Comentada por ÁLVAREZ OLALLA, P. (1999), *CCJC*, núm. 49, 353-362.

²⁶ ORTI VALLEJO, A. (2014). La responsabilidad civil en la explotación y práctica de actividades de ocio peligrosas. *Tratado de Responsabilidad Civil*. cit. 1534.

²⁷ ARCOS VIERA, M.ª L. (2018). *La inversión de la carga de la prueba de la culpa en la responsabilidad extracontractual: el fin de un principio*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

²⁸ SOLÉ FELIÚ, J. (2003). Los perfiles borrosos de la asunción del riesgo en el derecho comparado. En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. T. 2 Madrid: Civitas, 3100.

²⁹ ÁLVAREZ LATA, N./PEÑA LÓPEZ, F. (2013). Responsabilidad civil por actividades en sectores de riesgo (...). En *Lecciones de...*, cit., 405.

³⁰ Según el artículo 4:102 de los PETL (1) «El estándar de conducta exigible es el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos».

³¹ PEÑA LÓPEZ, F. (2002). *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*. Granada: Comares, 192.

³² Como afirma la STS de 18 de marzo de 2016 «el mero cumplimiento de las normas reglamentarias de cuidado no excluye, por sí solo, el denominado «reproche culpabilístico». *Vid.* también STS 2 de octubre de 1997.

³³ MEDINA ALCOZ, M. (2004). *La asunción del riesgo por parte de la víctima: riesgos taurinos y deportivos*, cit., 166.

³⁴ DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (1999). *Derecho de Daños*. Madrid: Civitas, 305; ÁLVAREZ LATA, N./PEÑA LÓPEZ, F. (2013). Responsabilidad civil por actividades en sectores de riesgo (...). En *Lecciones de...*, cit., 405.

³⁵ Compárese con el criterio sostenido en STS de 17 de febrero de 1997 en un caso de atropello de menores en accidente ferroviario, considerándose que se ha favorecido que el atropello pudiera producirse al no estar vallada la vía férrea en un lugar en que, aun no siendo legalmente obligatorio, resultaba prudente.

³⁶ En el mismo sentido, SAP de Madrid (Sección 9.^a) de 25 de junio de 2015, sobre los daños producidos en una clase de pilates.

³⁷ ORTÍ VALLEJO, A. (2014). La responsabilidad civil en la explotación y práctica de actividades de ocio peligrosas. *Tratado de Responsabilidad Civil. cit.* 1535; PIÑEIRO SALGUERO, J. (2005). Análisis de la doctrina de la asunción del riesgo en la responsabilidad civil en el deporte. *Indret: Revista para el análisis del Derecho, cit.*, 23.

³⁸ Aunque en el caso más que a la asunción del riesgo por la víctima, el Tribunal Supremo acude al hecho de tercero como causa de exoneración de la responsabilidad civil para el demandado.

³⁹ Recientemente ha sometido a revisión semejante entendimiento de la responsabilidad civil para los casos de creación de un riesgo anormal, CARRASCO PERERA, Ángel, Revisión conceptual de la imputación y prueba de la culpa aquiliana, en Herrador Guardia, M.J. (coord.), *Derecho de daños*, Lefebvre, 2020, 138, y, en ese sentido, señala que la base de la responsabilidad por culpa nace del daño derivado de la creación de un riesgo anormal cuando se realizan los daños que son típicos de la situación de riesgo anormal puesta en existencia, advirtiendo que «si el riesgo anormal creado se realiza típicamente en daño, no hace falta más para imputar la responsabilidad; especialmente no tiene sentido, por redundante, sostener que se responde por no haberse puesto la medida de cuidado exigida para que el riesgo anormal no se realizara en daño».

⁴⁰ STS de 14 de marzo de 2011; STS de 5 de abril de 2010. En la misma línea, STS de 31 de mayo de 2011. *Vid.* ARCOS VIERA, M.^a L. (2018). *La inversión de la carga de la prueba de la culpa en la responsabilidad extracontractual: el fin de un principio*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 131.

⁴¹ La asunción del riesgo es una causa de exoneración independiente de la culpa de la víctima, aunque a veces se confundan. *Vid.* SOLÉ FELIÚ, J. (2003). Los perfiles borrosos de la asunción del riesgo en el derecho comparado. En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, cit.*, 3099.

⁴² Para un sector de la doctrina, el espectador no debe asumir ningún riesgo, sobre todo cuando paga una entrada para asistir al espectáculo, pues se entiende que hay un organizador que debe velar por la seguridad. *Vid.* FERNÁNDEZ COSTALES, J. (2000), La responsabilidad civil deportiva, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, coord. por Juan Antonio Moreno Martínez, Madrid: Dykinson, 242; PIÑEIRO SALGUERO, J. (2005). Análisis de la doctrina de la asunción del riesgo en la responsabilidad civil en el deporte. *Indret: Revista para el análisis del Derecho, cit.*, 10; SEOANE SPIEGELBERG, J.L. (2014). Notas sobre la doctrina de la asunción de riesgos en la práctica deportiva. *Revista Actuarios cit.*, 23.

⁴³ *Vid.* MEDINA ALCOZ, M. (2004). *La asunción del riesgo por parte de la víctima: riesgos taurinos y deportivos, cit.*, 257.

⁴⁴ PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Comares, Granada, 2002, 543 y sigs.

⁴⁵ Se intensifican las medidas de diligencia hasta un extremo tal que el organizador acaba respondiendo por riesgo. *Vid.* MEDINA ALCOZ, M. (2004). *La asunción del riesgo por parte de la víctima: riesgos taurinos y deportivos, cit.*, 311.

⁴⁶ Por falta de adopción de las medidas de seguridad necesarias, la SAP de Barcelona (Sección 4.^a) de 16 de diciembre de 2004, declara la responsabilidad del organizador de la actividad por lesiones a una espectadora de una exhibición deportiva en un circuito cerrado que fue embestida por uno de los karts participantes.

⁴⁷ En el mismo sentido, recientemente, SAP de Valencia (Sección 11.^a) de 30 de diciembre de 2016.

1.7. Concursal Civil

La suspensión del lanzamiento del deudor hipotecario. Análisis de las reformas operadas por el Real Decreto Ley 6/2020, de 10 de marzo y de la reciente jurisprudencia de los Tribunales*

The suspension of the launch of the mortgage debtor. Analysis of the reforms operated by Royal Decree Law 6/2020, of March 10, and the recent jurisprudence of the Courts

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
*Profesora contratada Doctora de Derecho civil
Acreditada a Profesor titular de Universidad
Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN: El Real Decreto Ley 6/2020 amplía hasta el 15 de mayo de 2024 la suspensión de los lanzamientos de deudores hipotecarios calificados como vulnerables. La suspensión se produce cuando el acreedor hipotecario ejecutante se adjudica el bien en el procedimiento, o cuando se lo adjudica el cesionario del crédito hipotecario. No así cuando compra el bien en subasta un tercero comprador rematante pues, de lo contrario, se estaría lesionando el contenido esencial del derecho de propiedad reconocido en los artículos 33 y 53.1 de la Constitución española. El deudor hipotecario ejecutado puede optar a un alquiler en condiciones no de mercado dentro de los seis meses siguientes a la suspensión del lanzamiento, siempre que la entidad ejecutante estuviese adherida al Código de Buenas Prácticas en la versión que le dio el Real Decreto Ley 5/2017. De no optar por el lanzamiento, podrá permanecer hasta dicha fecha en la vivienda disfrutando de un derecho de habitación otorgado por ley. Si bien este derecho real de habitación legal perjudica a tercero hipotecario, para que el arrendamiento concertado afecte al mismo deberá constar inscrito, si se trata de arrendamiento suscrito bajo la vigencia de la Ley 4/2013 o bajo la vigencia del Real Decreto Ley 21/2018. En el caso de estar el arrendamiento suscrito bajo la vigencia del Real Decreto Ley 7/2019, existe una excepción a la fe pública registral en favor del arriendo no inscrito, por lo que dicho arrendamiento perjudicaría al tercero hipotecario durante el plazo de cinco años de prórroga forzosa para el arrendador.

* Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación DER 2017-83321-P, «Tutela de los consumidores y clientes de servicios Fintech», dirigido por la Prof.^a Dra. Matilde CUENA CASAS, Catedrática de Derecho civil de la UCM.

ABSTRACT: *Royal Decree Law 6/2020 extends until May 15, 2024 the suspension of launches of mortgage debtors classified as «vulnerables». Suspension occurs when the foreclosing mortgagee executing is awarded the property in the proceeding, or when it is awarded by the assignee of the mortgage loan. Not so when a third-party auctioneer buys the asset at auction, since, otherwise, the essential content of the property right recognized in articles 33 and 53.1 of the Spanish Constitution would be infringed. The foreclosed mortgage debtor can opt for a rental under non-market conditions within six months following the suspension of the launch, provided that the executing entity adhered to the Code of Good Practices, in the version given by the Royal Decree - Law 5/2017. If you do not opt for the launch, you will be able to stay until that date in the home enjoying a right of room granted by law. Although this real right of legal habitation damages a third party protected by the property registry, for the agreed lease to affect it, it must be recorded, if it is a lease subscribed under the validity of Law 4/2013 or under the validity of Royal Decree - Law 21 / 2018. In the case of the lease being subscribed under the validity of Royal Decree - Law 7/2019, there is an exception to the public registry faith in favor of the unregistered lease, so that said lease would harm the third party protected by property registry during the period of five years of forced extension for the landlord.*

PALABRAS CLAVE: Ejecución hipotecaria. Suspensión del lanzamiento. Opción al alquiler. Código de buenas prácticas.

KEY WORDS: *Foreclosure. Suspension of the launch. Option to lease. Code of good practices.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ¿AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA MEDIDA DE SUSPENSIÓN DE LOS LANZAMIENTOS?—III. AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA MEDIDA DE SUSPENSIÓN DE LOS LANZAMIENTOS.—IV. AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL DE LA MEDIDA DE SUSPENSIÓN DE LOS LANZAMIENTOS.—V. DERECHO DE OPCIÓN AL ALQUILER DE LA VIVIENDA EJECUTADA Y CUYO LANZAMIENTO HA SIDO SUSPENDIDO.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En fechas recientes se ha publicado el Real Decreto Ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública (BOE 11 de marzo de 2020).

En su preámbulo la norma indica:

«La Ley 1/2013, de 14 de mayo, fue aprobada con el objeto de atender a las *circunstancias excepcionales derivadas de la crisis económica y financiera*, que produjo que numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encontraron en dificultades para hacer frente a sus obligaciones. Una de las medidas previstas por dicha ley fue la

suspensión de los lanzamientos que afectaban a las personas en situación de especial vulnerabilidad.

A pesar de haber transcurrido casi siete años desde que se aprobó la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y se suspendieron por primera vez los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables, muchos deudores y sus familias continúan encontrándose en una situación de especial vulnerabilidad.

Por ello, resulta de extraordinaria necesidad desde el punto de vista económico, social y *coyuntural* ampliar el plazo de suspensión de los lanzamientos *cuatro años más, hasta mayo del año 2024, y ajustar el concepto de colectivo vulnerable*, para que se proteja a deudores que, a pesar de encontrarse en una situación de especial vulnerabilidad, no eran beneficiarios hasta ese momento de la suspensión.

De esta forma, *cualquier proceso judicial de ejecución hipotecaria o venta extrajudicial* por el cual se adjudique la vivienda habitual de personas pertenecientes a determinados colectivos queda afectado por esta medida. Así, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, impide que se proceda al lanzamiento que culminaría con el desalojo de personas vulnerables, sin alterar el procedimiento de ejecución hipotecaria.

... [Este] real decreto — ley amplía el colectivo de posibles beneficiarios, por un lado, estableciendo los supuestos de especial vulnerabilidad a las *familias monoparentales aunque tengan solo un hijo a cargo y por otro, incrementar el límite de ingreso máximo de la unidad familiar* que sirve de referencia para determinar la vulnerabilidad en términos del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples *en función del número de hijos y de si es una familia monoparental*. La norma también *extiende su aplicación de forma que la suspensión produce sus efectos cualquiera que sea el adjudicatario de la vivienda*, sea esta persona física o jurídica, y no solo cuando se hubiera adjudicado al acreedor, o a cualquier persona que actuase por su cuenta, como ocurría hasta este momento».

La suspensión de los lanzamientos de deudores hipotecarios fue introducida en el ordenamiento jurídico español por el Real Decreto Ley 27/2012, de 15 de noviembre, luego tácitamente derogado por los artículos 1 y 2 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios¹.

Dicha suspensión se incorporó como medida *temporal y excepcional*, afectando (sin alterarlo) a cualquier proceso judicial de ejecución hipotecaria o venta extrajudicial por el que se adjudicase al acreedor la vivienda habitual de personas pertenecientes a determinados colectivos considerados vulnerables.

Sucesivas reformas han ido ampliando el ámbito de aplicación subjetivo de esta medida así como su ámbito de aplicación temporal.

Inicialmente, el plazo de suspensión de los lanzamientos se estableció en dos años. En este sentido, el artículo 1.1 del Real Decreto Ley 27/2012 indicaba:

«Hasta transcurridos *dos años desde la entrada en vigor de este Real Decreto Ley*, no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo».

El Real Decreto Ley 27/2012 entró en vigor; según su disposición final segunda, el día 16 de noviembre de 2012, fecha de su publicación en el BOE, por

lo que el plazo inicial de suspensión de los lanzamientos abarcaba hasta el 16 de noviembre de 2014.

Esta norma fue tácitamente derogada y sustituida por los artículos 1 y 2 de la Ley 1/2013, como hemos indicado antes, la cual estableció que la medida de suspensión de los lanzamientos se extendería hasta dos años después de su entrada en vigor, o sea, hasta el 15 de mayo de 2015, pues su entrada en vigor estaba prevista según su disposición final cuarta, el día de su publicación en el BOE que fue el 15 de mayo de 2013.

El plazo de suspensión fue sucesivamente ampliado por el Real Decreto Ley 1/2015 de 27 de febrero, de manera que concluía transcurridos 4 años desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013, o sea, el 15 de mayo de 2017 y por el Real Decreto Ley 5/2017, de 17 de marzo, que fijó el plazo de finalización de la suspensión siete años después de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, o sea, el 15 de mayo de 2020, pudiendo reanudarse los lanzamientos a partir del 16 de mayo de 2020.

El Real Decreto Ley 6/2020 establece en la nueva y actual redacción dada al artículo 1.1 de la Ley 1/2013 que:

«Hasta transcurridos *once años* desde la entrada en vigor de esta Ley [15 de mayo de 2013], no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a cualquier otra persona física o jurídica, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo.

Durante ese plazo, el ejecutado situado en el umbral de exclusión social podrá solicitar y obtener del acreedor ejecutante de la vivienda adherido al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, aprobado por el Real Decreto Ley 6/2012 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, o persona que actúe por su cuenta, el alquiler de la misma en las condiciones establecidas en el apartado 5 del anexo de dicho Código».

Por un lado, nótese que el plazo de suspensión de los lanzamientos concluye ahora el 15 de mayo de 2024 y, por otro lado, que la opción al alquiler que se concede al deudor ejecutado fue introducida en su momento por el Real Decreto Ley 5/2017, de 17 de marzo, por lo que en este sentido el Real Decreto Ley 6/2020 no aporta ninguna novedad. Sí lo hace en cuanto al plazo de suspensión; en cuanto al ámbito subjetivo de aplicación de la medida y es dudoso que lo haga en cuanto al ámbito objetivo de aplicación (procedimientos afectados).

II. ¿AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA MEDIDA DE SUSPENSIÓN DE LOS LANZAMIENTOS?

Sobre la base de una interpretación teleológica y extensiva del artículo 1.1 de la Ley 1/2013 y de su preámbulo, cabía entender que la suspensión del lanzamiento del deudor hipotecario de su vivienda habitual procedería no solo en caso de ejecución hipotecaria *strictu sensu* (cap. V, tít. IV, libro III de la LEC) o en caso de venta extrajudicial ante notario (art. 129 LH), sino también en cualquier otro caso en que se recurriese a una realización forzosa para el cobro de la deuda hipotecaria (así, ejecución ordinaria basada en la escritura de constitución de hipoteca *ex* artículo 517.4.º LEC o ejecuciones ordinarias abiertas tras una sen-

tencia recaída en un proceso declarativo seguido contra el deudor hipotecario, o incluso un proceso monitorio), ya que la *ratio legis* de adjudicación de la vivienda habitual al acreedor hipotecario como consecuencia de una ejecución motivada por el incumplimiento del préstamo hipotecario solicitado para la adquisición de la vivienda, estaría presente en los diversos procedimientos o medios que el ordenamiento jurídico ofrece para el recobro de la deuda hipotecaria².

No cabría, sin embargo, una aplicación analógica de la medida de suspensión en otros procedimientos que den también lugar a lanzamientos derivados. Así, los derivados de la resolución del contrato de arrendamiento por impago de rentas, desahucio por precario, etc., ya que no es posible la aplicación analógica de normas excepcionales (art. 4.2 CC) y además ya existen otras normas que prevén la suspensión de los procesos arrendaticios³.

Tras el Real Decreto Ley 6/2020, que da nueva redacción al artículo 1.1 de la Ley 1/2013, surge la duda de si la suspensión de los lanzamientos afecta a dichos procedimientos solo cuando quien adquiere la propiedad de la vivienda familiar hipotecada es el propio acreedor hipotecario (por adjudicación en pago) o bien cuando adquiere dicha propiedad (por compraventa) un tercero que concurre a la subasta. No está clara en este sentido la dicción del artículo 1.1 de la Ley 1/2013 que ha pasado a señalar: «hasta transcurridos once años desde la entrada en vigor de esta Ley, no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor o a cualquier otra persona física o jurídica la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo».

En mi opinión, el que la suspensión afecte a cualquier comprador que adquiere en subasta la vivienda habitual del deudor hipotecario ejecutado supone un límite para la propiedad que va mucho más allá de marcar el contorno hasta donde se extienden las facultades normales del dueño (que es lo que hacen las normas que imponen límites al dominio, *ex* artículo 348 CC) sino que afecta al *contenido esencial del derecho de propiedad* (a facultades *inherentes por esencia* al dominio, como es el *ius possidendi*), lo que es contrario a los artículos 33 y 53.1 de la Constitución española. Preceptos estos que al garantizar la titularidad y consiguiente disfrute o ejercicio de la propiedad privada, garantizan *todas las facultades inherentes al dominio*. No cabe concebir que un propietario ajeno totalmente al crédito origen de la ejecución ingrese a título oneroso un bien en su patrimonio para cumplir la «función social» de mantener en el mismo a título gratuito a un ciudadano vulnerable. Parecería, de lo contrario, que el derecho a disfrutar los españoles de una vivienda digna (art. 47 CE ubicado en sede de principios rectores de la *política social y económica*) no sería un principio director de la política estatal sino un derecho subjetivo ejercitable por cualquiera frente a cualquiera, particular o Administración pública (lo que legitimaría también las usurpaciones de inmuebles)^{4 5}.

Ahora bien, como de acuerdo con el artículo 5.1 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, es preciso dar a las normas aquella interpretación que las haga conformes con la Constitución española, entiendo que el legislador no ha querido referirse en la nueva redacción dada al artículo 1 de la Ley 1/2013 a que los lanzamientos se suspenden incluso cuando el comprador del bien es un tercero rematante ajeno al préstamo hipotecario. El legislador ha querido referirse a que también cuando es cedido el crédito hipotecario por el acreedor, el tercero, persona física o jurídica que se subroga en el mismo, se vería afectado por la suspensión del lanzamiento.

Igualmente, se verá afectado el adjudicatario si no siendo una entidad financiera de las autorizadas en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario, es un particular o sociedad que ha verificado un préstamo hipotecario a un deudor para la adquisición de su vivienda habitual. Es posible también que el acreedor ejecutante se haya reservado la facultad de ceder el remate a un tercero. Con la cesión del remate la ley procesal facilita una nueva transmisión inmediata a favor del tercero cesionario en el mismo procedimiento sin necesidad de constancia registral de la transmisión intermedia. Por este motivo, y para evitar que mediante la realización de tales cesiones pudiera defraudarse el tenor de la norma, el cesionario del remate debería resultar afectado por la medida de suspensión del lanzamiento de la misma forma que el acreedor adjudicatario⁶.

Igualmente afectaría la suspensión del lanzamiento al tercer adquirente de la vivienda si se concibe el derecho concedido al ejecutado hipotecario como un derecho de habitación legal en cuyo caso afectaría incluso al tercero hipotecario del artículo 34 LH⁷.

Apoya esta interpretación la consideración de que para la ley procesal civil no es lo mismo un rematante que un adjudicatario. Así se desprende de los artículos 670, 671 y 673 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, pues rematante es el que verifica la mejor postura. El que se adjudica el bien en pago, por un determinado porcentaje del valor de tasación del bien, es un adjudicatario.

Por otro lado, el artículo 1.2 de la Ley 1/2013 señala que, durante el plazo de suspensión, el ejecutado situado en el umbral de exclusión podrá solicitar y obtener *del acreedor ejecutante* de la vivienda *adherido al Código de Buenas Prácticas* para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, aprobado por el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, o *persona que actúe por su cuenta*, el alquiler de la misma en las condiciones establecidas en los apartados 4 y 5 de dicho Código, introducidos por el Real Decreto Ley 5/2017.

De dicho precepto se desprende, pues, que la ley piensa en el adjudicatario como el acreedor ejecutante, persona que actúe por su cuenta o quien se subroge en su posición (cesionario del crédito hipotecario, que normalmente será otra entidad financiera), siendo frente a dicho acreedor adherido al Código de Buenas Prácticas frente al que cabe ejercitar una opción al arrendamiento. En cambio, es imposible que un comprador tercero rematante esté adherido a dicho Código de Buenas Prácticas, a menos que también sea una entidad financiera.

III. AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA MEDIDA DE SUSPENSIÓN DE LOS LANZAMIENTOS

El Real Decreto Ley 6/2020, como hemos indicado antes, pretende ampliar el ámbito subjetivo de aplicación de la suspensión de los lanzamientos prevista en los artículos 1 y 2 de la Ley 1/2013.

En este sentido, se modifica el artículo 1.2 de la Ley 1/2013 señalando como supuesto de especial vulnerabilidad la «unidad familiar monoparental *con al menos un hijo a cargo*», frente a la redacción anterior «unidad familiar monoparental *con hijos a cargo*».

Para que sea de aplicación lo previsto en el artículo 1.1 de la Ley 1/2013 (suspensión del lanzamiento y opción al alquiler, en su caso) deberán concurrir,

además de los supuestos de especial vulnerabilidad previstos en el artículo 1.2 de la misma, una serie de circunstancias económicas entre las que se encuentra un límite de ingresos de la unidad familiar.

La Ley entiende por unidad familiar «la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar». Ahora bien, el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no podrá superar el límite de «tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples anual de catorce pagas. Dicho límite será de cuatro veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples anual de catorce pagas en los supuestos previstos en las letras d) y f) del apartado anterior; y de cinco veces dicho indicador en el caso de que el ejecutado sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral. *El límite definido para cada caso se incrementará por cada hijo a cargo dentro de la unidad familiar en:*

- i. *0,15 veces el IPREM para las familias monoparentales.*
- ii. *0,10 veces el IMPREM para el resto de familias».*

Sorprende que el legislador, al incrementar el límite de ingresos, lo que permite que mayores situaciones entren en el ámbito de aplicación de la norma, privilegie a las familias monoparentales por encima del «resto de familias». La familia compuesta por un solo padre o madre, la familia disgregada, es preferente, podríamos decir, un ideal, frente a las familias estructuradas que *constituyen verdaderamente unidad familiar* por estar los cónyuges en situación de normalidad matrimonial. A estas se las califica de «resto de familias». *Pero el resto según el DRAE es la «parte que queda de un todo».* Parecería pues que la sociedad se compusiera de unidades familiares monoparentales y «el resto», lo que queda después de contemplado ese todo, son las familias cuyos hijos disfrutaran en su vida cotidiana, día a día, de la compañía de padre y madre.

Esta concepción es discriminatoria de los hijos cuyos padres se encuentran en situación de normalidad matrimonial y además contradice la propia definición de unidad familiar que da el legislador, por lo que habría que entender que este se estaría refiriendo al hablar de unidad familiar monoparental al supuesto exclusivo de que hubiese fallecido el cónyuge del deudor o su pareja de hecho inscrita⁸.

En estos casos, el límite de ingresos se incrementaría en 0,15 por cada hijo a cargo y existiría situación de vulnerabilidad aunque el padre o madre superviviente solo tuviera un hijo a cargo.

IV. AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO TEMPORAL DE APLICACIÓN DE LA MEDIDA DE SUSPENSIÓN DE LOS LANZAMIENTOS

El Real Decreto Ley amplía la medida de suspensión de los lanzamientos hasta el 15 de mayo de 2024, incluido. Lo que supone 11 años de suspensión a contar desde el 15 de mayo de 2013 y que los lanzamientos podrán reanudarse a partir del 16 de mayo de 2024, si no se desalojase voluntariamente la vivienda.

Esta medida de ampliación del plazo de suspensión ha entrado en vigor el día 12 de marzo de 2020 (disposición final segunda del Real Decreto Ley 6/2020, de 10 de marzo), lo que parece exigir que en aquella fecha ya estuviese suspendido el lanzamiento o bien que estuviese iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 (15 de mayo de 2013) y que aún no se hubiese ejecutado el lanzamiento (disposición transitoria primera Ley 1/2013). De acuerdo con esta última disposición la Ley 1/2013 «será de aplicación a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria *que se hubieran iniciado a la entrada en vigor de la misma, en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento*».

Ahora bien, es evidente que las circunstancias tanto personales como económicas de la familia pueden verse alteradas a lo largo del procedimiento de ejecución y por ello, aunque el artículo 2 de la Ley 1/2013 señala que la concurrencia de las circunstancias a que se refiere en su artículo 1 se acreditará por el deudor *en cualquier momento del procedimiento de ejecución hipotecaria y antes de la ejecución del lanzamiento*⁹, realmente *el momento procesal oportuno a que habría que atender para entender concurrentes dichas circunstancias sería el momento de la adquisición de la propiedad por el acreedor hipotecario* (de acuerdo con los artículos 673 y 674 LEC, momento de expedición por el secretario judicial [hoy letrado de la Administración de Justicia] del testimonio comprensivo del decreto de adjudicación al acreedor¹⁰), pues es en tal momento cuando surge para el adquirente (nuevo dueño) el derecho a obtener la posesión judicial y el lanzamiento de los ocupantes del inmueble (art. 675 LEC)¹¹. En consecuencia, entiendo que es en este momento y no en otro, en el que el juez (o el notario) encargado del procedimiento deberá formular una declaración de «status de *familia en situación de especial vulnerabilidad*», dando audiencia al acreedor, el cual podrá solicitar el desalojo si considera que los ocupantes no tienen título suficiente (legal) para permanecer en el inmueble (esto es, no son familia especialmente vulnerable). *En este caso, el deudor debería tener presentada su documentación antes de expedirse el testimonio del decreto de adjudicación.*

Entiendo que el juez o notario deben pronunciar esa resolución *declarativa* de la situación de familia especialmente vulnerable, pues se desprende del espíritu de la norma que ella es *conditio iuris* para la aplicación de la medida legal de suspensión del lanzamiento. Es evidente que al juez o notario le corresponderá verificar y comprobar el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 1 de la Ley 1/2013 y, por lo tanto, sobre la base del cumplimiento de tales requisitos, declarar el *status* de familia especialmente vulnerable o bien denegar tal declaración y, en consecuencia, el beneficio de la suspensión del lanzamiento (que es una excepción al derecho concedido al adquirente en la ejecución en el art. 675 LEC).

Si el desalojo ya era inmediato a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 6/2020 (12 de marzo de 2020) pues la familia no cumplía los requisitos previstos en el artículo 1 de la Ley 1/2013 (en su redacción anterior) y el adjudicatario había hecho uso del artículo 675.2.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habiéndose formulado petición de lanzamiento, *pero con la nueva redacción del artículo 1 de la Ley (operada por dicho Real Decreto Ley 6/2020) la familia si cumple los requisitos a que se condiciona la suspensión del lanzamiento*, deberá suspenderse la vista prevista en el artículo 675.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el tiempo suficiente para que el deudor (que haya presentado declaración responsable en el sentido del artículo 2.d) Ley 1/2013) acredite su situación de especial vulnerabilidad. El Tribunal, por medio de auto, resolverá sobre el lanzamiento, que decretará en todo caso si el ocupante u ocupantes no comparecieren sin justa causa.

Si ya había recaído auto que resolvía sobre el lanzamiento, y con la nueva redacción dada al artículo 1 de la Ley 1/2013 por el Real Decreto Ley 6/2020 la familia cumple con los requisitos legales para obtener la suspensión del lanzamiento, la ley obligaría a suspender su ejecución (*arg. ex* disposición transitoria primera Ley 1/2013) en la medida en que el deudor formule tal solicitud y presente al mismo tiempo una declaración responsable relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse situado en el ámbito de aplicación de la norma, requisitos que acreditará diligentemente en el plazo más breve posible.

Hasta ahora habíamos entendido que de computarse el plazo de suspensión de los lanzamientos desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013, habría deudores hipotecarios que no se beneficiarían de una suspensión del lanzamiento durante todo el plazo fijado legalmente, pues podría consumirse una buena parte de dicho plazo durante la propia tramitación del procedimiento de ejecución hipotecaria, lo que podría impedir la recuperación económica del deudor (fin de la norma expresado en el preámbulo de la Ley 1/2013). Por ello habíamos considerado que lo más razonable era computar el plazo de suspensión del lanzamiento desde la fecha del testimonio expedido por el letrado de la Administración de Justicia comprensivo del decreto aprobatorio de la adjudicación, al ser en esa fecha cuando el deudor pierde la propiedad y queda sujeto al lanzamiento, aunque las circunstancias del artículo 1 Ley 1/2013 y la solicitud de suspensión del lanzamiento se verificasen con posterioridad, por razón de lo avanzado del procedimiento al entrar en vigor las nuevas redacciones de la Ley 1/2013, o por devenir después la familia en situación de vulnerabilidad.

Sin embargo, las continuas reformas que ha experimentado la Ley 1/2013 y las sucesivas ampliaciones del plazo de suspensión nos llevan a abandonar dicha interpretación pues podría perpetuar situaciones que deben resolverse en un tiempo prudencial (en un corto plazo), con daño del concepto mismo de propiedad (y en contra del propio espíritu de la norma que nace como régimen excepcional y transitorio).

En todo caso, verificada la declaración judicial de «*status de familia en situación de especial vulnerabilidad*», parece que debería articularse de algún modo la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad, junto con la fecha de inicio y fin del plazo de suspensión del lanzamiento, pues ello vendría exigido por el principio de especialidad. Además ello garantizaría en mayor medida el perjuicio a todo tercero adquirente (incluso un tercero hipotecario) a que tiene derecho el ejecutado, en la medida en que las entidades crediticias pueden enajenar la finca de su propiedad, pues no están sujetas a ninguna prohibición legal o judicial de disponer. La posibilidad de inscripción de tal declaración judicial depende de la naturaleza jurídica que se atribuya al derecho concedido *ex lege* al ejecutado¹².

La norma no resuelve si la suspensión puede decretarse de oficio por el juez. Parece que no, siendo precisa la solicitud de parte, pero simplemente presentando un escrito y adjuntando la documentación necesaria, sin necesidad de previa personación mediante abogado y procurador. Si el juez denegase la solicitud mediante auto, según RUIZ-RICO RUIZ y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, sería de aplicación el artículo 562 LEC¹³, relativo a las impugnaciones de infracciones legales durante el curso de la ejecución, que permite recurrir en reposición o mediante la interposición de un escrito dirigido al Tribunal. La resolución del Juez que conoce de la ejecución no tendría efecto de cosa juzgada, por lo que la cuestión podría volver a plantearse en un ulterior proceso declarativo¹⁴.

V. DERECHO DE OPCIÓN AL ALQUILER DE LA VIVIENDA EJECUTADA Y CUYO LANZAMIENTO HA SIDO SUSPENDIDO.

Desde que el Real Decreto Ley 5/2017 introdujo en el artículo 1.1 Ley 1/2013, un segundo párrafo, esto es, a partir del 19 de marzo de 2017, fecha de entrada en vigor de dicho real decreto ley *ex* disposición final segunda del mismo, «el ejecutado situado en el umbral de exclusión *podrá solicitar y obtener del acreedor ejecutante de la vivienda adherido al Código de Buenas Prácticas* para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, aprobado por el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, o persona que actúe por su cuenta, *el alquiler de la misma en las condiciones establecidas en el apartado 5 del anexo de dicho Código*».

Esta disposición se complementa con los apartados 4 y 5 del Código de Buenas Prácticas, objeto de nueva redacción por el Real Decreto Ley 5/2017 y que reproducimos a continuación.

«4. Derecho de alquiler en caso de ejecución de la vivienda habitual.

El deudor hipotecario ejecutado cuyo lanzamiento haya sido suspendido de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1.1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, *podrá solicitar y obtener del acreedor ejecutante de la vivienda*, o persona que actúe por su cuenta, *el alquiler de la misma por una renta anual máxima del 3 por cien de su valor al tiempo de la aprobación del remate, determinado según tasación, aportada por el ejecutado* y certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo de Regulación del Mercado Hipotecario.

La solicitud a la que se refiere el párrafo anterior, podrá realizarse en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley 5/2017, por el que se modifica el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, *para aquellos ejecutados que ya fueran beneficiarios de la suspensión y desde que se produzca la suspensión para quienes se beneficiasen con posterioridad*.

Dicho arrendamiento tendrá duración anual, prorrogable a voluntad del arrendatario hasta completar el plazo de cinco años. Por mutuo acuerdo entre el ejecutado y el adjudicatario podrá prorrogarse anualmente durante cinco años adicionales.

5. Publicidad del Código de Buenas Prácticas.

Las entidades garantizarán la máxima difusión del contenido del Código de Buenas Prácticas, en particular, entre sus clientes»¹⁵.

Por lo tanto, aquellos ejecutados hipotecarios que se beneficien de la medida de suspensión como consecuencia de las modificaciones introducidas por el Real Decreto Ley 6/2020 tienen un derecho de opción al alquiler que se sujeta al siguiente régimen jurídico.

Dicho arrendamiento solo podrá solicitarse hasta el 15 de mayo de 2024, incluido. El ejecutado que solicite la celebración de tal arrendamiento necesita acreditar encontrarse situado en el umbral de exclusión social definido en el artículo 3 del Real Decreto Ley 6/2012, no bastando con que su lanzamiento

haya sido suspendido en su día de conformidad con la Ley 1/2013, ya que con posterioridad a tal suspensión puede haber mejorado su situación económica (art. 5.4 Real Decreto Ley 6/2012).

Este derecho de opción al arrendamiento deriva de la adhesión voluntaria de la entidad ejecutante al Código de Buenas Prácticas, entendiéndose que si la entidad ya estaba adherida al Código de Buenas Prácticas en alguna de sus tres versiones anteriores (originaria; derivada de la Ley 1/2013 o derivada del Real Decreto Ley 1/2015), se considerará adherida a esta cuarta versión (Real Decreto Ley 5/2017), salvo que en el plazo de un mes desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley 5/2017 hubiese comunicado expresamente a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera el acuerdo de su órgano de administración por el que solicitaba *mantenerse en el ámbito de aplicación de las versiones previas que correspondan*.

Siendo obligatorio para la entidad adherida aplicar el Código de Buenas Prácticas (art. 5.4 Real Decreto Ley 6/2012) y siendo obligatorio para quien concede la opción la celebración futura del contrato convenido, aquella deberá celebrar el contrato si lo solicita el ejecutado.

Este contrato se celebrará en las condiciones indicadas en el apartado 4 del anexo del Código de Buenas Prácticas (el artículo 1.1.2.º de la Ley 1/2013 remite por error al apartado 5 del anexo del Código de Buenas Prácticas). Así, la renta anual que se pacte no podrá exceder del 3 por ciento del valor de la vivienda ejecutada al tiempo de la aprobación del remate, valor que se determinará por tasación certificada y aportada por el ejecutado. Parece que la renta resultante de aplicar dicho porcentaje a tal valor constituye la renta anual, que deberá prorratearse entre los 12 meses del año.

En cuanto al plazo de duración, se prevé una duración anual con prórroga forzosa para el arrendador, siempre que el arrendatario lo solicite, hasta completar un período de cinco años. Las prórrogas serán anuales (*arg. ex* artículo 9.1 Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos y artículo 1581 CC).

Terminado este periodo de prórroga forzosa para el arrendador, las partes podrán acordar prórrogas del contrato, voluntarias y anuales, durante cinco años adicionales, si bien no está claro si el contrato quedará sujeto a las mismas condiciones de renta (*arg. ex* apartado 4.III del Código de Buenas Prácticas) o bien a condiciones de mercado (disposición adicional única.1 del Real Decreto Ley 6/2012¹⁶), inclinándonos por lo primero ya que si hay ejecución hipotecaria y suspensión del lanzamiento, puede seguir debiéndose parte del crédito, lo que no ocurre en caso de dación en pago con permanencia del inquilino como arrendatario (apartado 3 del Código de Buenas Prácticas), siendo voluntad del legislador que el ejecutado cuyo lanzamiento ha sido suspendido pueda recuperarse económicamente y estar en condiciones de subvenirse una vivienda a precio de mercado¹⁷.

La solicitud de celebración del contrato de arrendamiento con la entidad ejecutante (o persona que actúe por su cuenta), que debe estar adherida al Código de Buenas Prácticas en su última versión, podrá realizarse en el plazo de 6 meses desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley 5/2017 (o sea 6 meses desde el 19 de marzo de 2017), *para aquellos ejecutados que ya disfrutaran de una suspensión del lanzamiento o bien en el plazo de 6 meses desde que se produzca la suspensión, para quienes se beneficiasen de la misma con posterioridad a tal entrada en vigor*.

El legislador, que parte de que todo lanzamiento se reanudará el 16 de mayo de 2024, piensa en, de este modo, prorrogar aún por más tiempo (más allá del 16 de mayo de 2024), la situación de protección para las familias vulnerables, si bien por la vía de un arrendamiento concertado en términos no de mercado.

El ejecutado deberá, pues, valorar si le interesa permanecer de forma gratuita (disfrutando de un derecho de habitación legal) en el inmueble hasta el 15 de mayo de 2024 incluido y luego tener que abandonar la finca, o (siempre con el límite del 15 de mayo de 2024) concertar el arrendamiento en términos no de mercado, dentro de los seis meses siguientes a la suspensión del lanzamiento, para poder permanecer en la finca más allá de dicha fecha.

En todo caso, si bien el artículo 9 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre indica que el plazo de vigencia del contrato comenzará a contarse desde la fecha de celebración, y hay que entender que en este punto este precepto es aplicable, las partes podrían pactar un término inicial o suspensivo para el contrato, de manera que este comenzase su vigencia el 16 de mayo de 2024 (art. 8 del Real Decreto Ley 6/2012, pues las entidades crediticias pueden potestativamente mejorar las previsiones contenidas en el Código de Buenas Prácticas), si bien entiendo que para la vigencia ulterior de tal contrato habría que acreditar que el deudor y su familia se encuentran en el umbral de exclusión social del artículo 3 del Real Decreto Ley 6/2012 en el momento de comenzar la vigencia de tal contrato. Todo lo cual, insisto, sería meramente potestativo para la entidad ya que el art.1.1.2.º de la Ley 1/2013 en su nueva redacción señala que durante el plazo de 11 años (o sea, hasta el 15 de mayo de 2024), el ejecutado podrá solicitar y *obtener del acreedor ejecutante el alquiler de la misma, lo que quiere indicar que el inicio de vigencia del contrato debe producirse en ese periodo.*

Cuestión importante es la situación en que queda el arrendatario en caso de venta por la entidad financiera de la vivienda arrendada.

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional única del Real Decreto Ley 6/2012, que considera que *«los contratos de arrendamientos que se suscriban como consecuencia de la aplicación del Código de Buenas Prácticas se considerarán contratos de arrendamientos de vivienda y estarán sujetos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, excepto a lo previsto en sus artículos 9 y 18 ...»*, hay que entender que los contratos de arrendamiento que celebre el ejecutado cuyo lanzamiento fue suspendido con la entidad crediticia adherida al Código de Buenas Prácticas en su última versión, se sujetan a la Ley 29/1994, en la redacción vigente en el momento de celebración del contrato. Es decir, bien en la redacción dada por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, bien en la redacción dada por el Real Decreto Ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler o bien en la redacción dada por el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

Hay que tener en cuenta que tanto bajo la vigencia de la Ley 4/2013, como bajo la vigencia del Real Decreto Ley 21/2018, se suprime la excepción a la fe pública registral en beneficio del arrendamiento no inscrito existente en la Ley 29/1994 en su redacción originaria. Por lo que si el arrendamiento celebrado entre la entidad adherida al Código de Buenas Prácticas y el ejecutado hipotecario no se inscribiese en el Registro de la Propiedad, existiendo un comprador que fuese tercero hipotecario de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, el arrendamiento no inscrito no le perjudicaría, pues dicho tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria solo quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador si el arrendamiento se hallase inscrito con anterioridad a la transmisión de la finca o con anterioridad a la inscripción que verifique el comprador, aunque este desconociese la existencia del arriendo al firmar la escritura de venta (arts. 7, 10.2 y 14 LAU 1994, en redacción dada por Ley 4/2013). Si el arren-

damiento constase inscrito, el derecho de prórroga forzosa para el arrendador, como señala el artículo 10 de la LAU 1994, en redacción dada por Ley 4/2013 (en relación con el apartado 4 del Anexo del Código de Buenas Prácticas), se impondrá a terceros adquirentes que reuniesen las condiciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y con mayor motivo, frente a terceros adquirentes que no las reuniesen.

En cambio, bajo la vigencia del Real Decreto Ley 7/2019, se recupera la excepción a la fe pública registral en beneficio del arrendamiento no inscrito (art. 14 LAU), perjudicando en este caso el arriendo concertado con el ejecutado hipotecario al comprador durante los primeros cinco años de vigencia del contrato, sea o no tercero hipotecario (*arg. ex* apartado 4 Anexo del Código de Buenas Prácticas y artículo 14 LAU)¹⁸.

En todo caso, para facilitar el perjuicio a tercero hipotecario, las partes podrán compelerse recíprocamente a la formalización por escrito del contrato de arrendamiento en escritura pública (*arg. ex* artículo 5.4 Real Decreto Ley 6/2012, artículo 37 Ley 29/1994, artículo 1279 CC y artículo 2 del RD 297/1996, de 23 de febrero, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los Contratos de Arrendamientos Urbanos).

VI. CONCLUSIONES

I. El Real Decreto Ley 6/2020 no suspende los lanzamientos de los deudores hipotecarios ejecutados cuando el adquirente de la vivienda habitual es un tercero comprador rematante en la subasta, pues lo contrario atentaría al contenido esencial del derecho de propiedad.

II. Los deudores hipotecarios ejecutados cuyos lanzamientos se suspendan hasta el 15 de mayo de 2024 pueden optar por un alquiler en condiciones no de mercado en los seis meses siguientes a la suspensión, siempre que la entidad ejecutante esté adherida al Código de Buenas Prácticas.

III. Si el deudor hipotecario ejecutado no opta por el alquiler, puede permanecer en la vivienda ejecutada a título gratuito disfrutando de un derecho de habitación hasta el 15 de mayo de 2024.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

- SAP de Madrid, Sección 14.^a, de 2 de marzo de 2020
- SAP de Barcelona, Sección 13.^a, de 16 de septiembre de 2019, núm. 986/2019
- SAP de Barcelona, Sección 14.^a, de 16 de septiembre de 2019, núm. 215/2019
- SAP de Barcelona, Sección 13.^a, de 15 de julio de 2019
- SAP de Barcelona, Sección 4.^a, de 26 de junio de 2019
- SAP de Toledo, Sección 1.^a, de 5 de junio de 2019
- AAP de Barcelona, Sección 14.^a, de 16 de septiembre de 2019
- AAP de Barcelona, Sección 4.^a, de 18 de julio de 2017
- AAP de Barcelona, Sección 2.^a, de 19 de diciembre de 2016
- AAP de Barcelona, Sección 19.^a, de 17 de febrero de 2016
- AAP de Barcelona, Sección 14.^a, de 4 de febrero de 2016
- AAP de Gerona, Sección 2.^a, de 22 de abril de 2015
- AAP de Barcelona, Sección 17.^a, de 26 de noviembre de 2014

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M. (2002). *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*. Barcelona: Librería Bosch.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C del C. (2017). Medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos: Análisis del Real Decreto Ley 5/2017, por el que se modifican el Real Decreto Ley 6/2012 y la Ley 1/2013. *Actualidad Civil*, núm. 4, 79-84.
- JIMÉNEZ PARÍS, J.M. (2018) (1). *La ocupación de inmuebles en el Código Penal español*. Madrid: Reus.
- (2019) (1). *Ocupaciones de bienes inmuebles. Vol. 1. Historia y Sociología Criminal. Propiedad, Derecho y Ocupación*. Porto: Editorial Juruá.
- (2019) (2). *Ocupaciones de bienes inmuebles. Vol. 2. Historia y Sociología Criminal. Okupas, Ocupas e Inmobiliarias Ocupas*. Porto: Editorial Juruá.
- JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2013). El Real Decreto Ley 27/2012, de 15 de noviembre, ¿un derecho de habitación legal de la familia ejecutada o un comodato forzoso? *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 736, 1230-1257.
- (2014). La derogación tácita del Real Decreto Ley 27/2012, de 15 de noviembre de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, por el Capítulo I (Suspensión de los lanzamientos) de la Ley «anti-desahucios». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 742, 748-764.
- (2015) (1). La suspensión del lanzamiento del deudor hipotecario y su familia, y la continuación de la ejecución ordinaria posterior, tras la Ley 1/2013, «anti-desahucios». En M. Cuadrado Iglesias (dir.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*. Vol. 2. Madrid: Editorial La Ley, 1308-1338.
- (2015) (2). Ejecución hipotecaria y arrendamiento, tras la Ley 4/2013, de 4 de junio. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 749, 1643-1664.
- (2020) (1). Ejecución hipotecaria y arrendamiento de vivienda tras los Reales Decretos-Leyes 21/2018 y 7/2019, núm. 778, 1319-1345.
- (2020) (2). Arrendamientos de vivienda, epidemia del COVID-19 y estado de alarma. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 780, julio-agosto, 2020, 2430-2455.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. (2015). La suspensión de los lanzamientos sobre la vivienda habitual en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reformar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social. En M. Cuadrado Iglesias (dir.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*. Vol. 2. Madrid: Editorial La Ley, 1387-1410.
- MARTÍN CONTRERAS, L. (2019). ¿Puede aprovecharse la prórroga del contrato de arrendamiento para subir la renta? *Diario La Ley*, núm. 9473, 1-7.
- NÚÑEZ IGLESIAS, A. (2014). La suspensión de los lanzamientos en la ejecución hipotecaria. En J.A. Escartín Ipiéns (coord.). *La protección del deudor hipotecario: aproximación a la Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*. Granada: Editorial Comares, 193-212.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (2015). Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios: la suspensión de los lanzamientos y el alquiler social. En M. Cuadrado Iglesias (dir.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*. Vol. 2. Madrid: Editorial La Ley, 1429-1459.
- RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y. (2013). Implicaciones jurídicas en la aplicación del Real Decreto Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. *Diario La Ley*, núm. 7994, 1-8.

NOTAS

¹ *Vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, T.A., 2014.

² Así señalan RUIZ-RICO RUIZ y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA: «La norma no parece dejar claro cuál es el ámbito de aplicación de la suspensión, por cuanto se refiere a procesos de ejecución hipotecarios, judiciales o extrajudiciales. Dentro del ámbito judicial, el calificativo hipotecario pudiera dar a entender que se está refiriendo únicamente a procesos tramitados con arreglo a los artículos 681 y sigs. LEC, lo que dejaría fuera del ámbito de aplicación de las posibles suspensiones de lanzamientos en adjudicaciones de viviendas que se hubieran producido en procesos de ejecución ordinaria... En esta interpretación restrictiva podría quedar fuera también la posible reclamación de la deuda a través del proceso monitorio, mediante el cual también se puede conseguir el efecto de adjudicación. Sin embargo, atendiendo a la propia exposición de motivos del Real Decreto Ley [27/2012], que establece que las suspensiones afectarán a *cualquier* proceso judicial o extrajudicial, una interpretación teleológica del mismo nos obliga a pensar que el ámbito de aplicación se extiende a todos los procesos de ejecución, hipotecarios u ordinarios, o a ejecuciones derivadas de monitorios, siempre que se esté ejecutando una garantía hipotecaria» (RUIZ-RICO RUIZ y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, 2013, 2). El preámbulo de la Ley 1/2013 señala «esta medida, con carácter excepcional y temporal, afectará a *cualquier proceso judicial* de ejecución hipotecaria o venta extrajudicial por el cual se adjudique al acreedor la vivienda habitual de personas pertenecientes a determinados colectivos».

³ *Vid.* artículo 1 del Real Decreto Ley 11/2020, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (que entró en vigor según su disposición final decimotercera, el 2 de abril de 2020); artículo 441.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (introducido por el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo) y JIMÉNEZ PARÍS, T.A., 2020 (2). En la SAP de Madrid, Sección 14.^a, de 2 de marzo de 2020, se señala «revisando la demanda y el desarrollo del juicio vemos que se sostiene que los demandados se encuentran en situación de precario ya que el título arrendaticio que esgrimen [contrato de arrendamiento con la empresa ejecutada] ha perdido toda eficacia [art. 13 LAU] pero no se hace la mínima mención al auto dictado el día 3 de octubre de 2017 [dictado en el proceso de ejecución hipotecaria conforme al art. 675.4 LEC] que, en aplicación de la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, acuerda suspender el lanzamiento hasta el 20 de mayo de 2020 *ni a la ilegalidad de la aplicación por analogía a terceros poseedores de las disposiciones protectoras fijadas en dicha ley para los deudores hipotecarios que hubieran perdido en subasta sus viviendas*. Solamente se hizo referencia a tal materia en el momento del trámite de conclusiones... En definitiva, *no podemos analizar si concurren los requisitos exigidos en la Ley 1/2013 y si es posible la aplicación analógica de su normativa a personas distintas al deudor hipotecario al no haberse planteado la materia en la debida forma por la entidad SAREB*, debiendo mantener, por tanto, que en este momento los demandadas ostentan título válido de ocupación de la vivienda hasta el mes de mayo de este mismo año». *Vid.*, SAP de Barcelona, Sección 13.^a, de 16 de septiembre de 2019; SAP de Barcelona, Sección 13.^a, de 15 de julio de 2019; SAP de Barcelona, Sección 4.^a, de 26 de junio de 2019 y SAP de Toledo, Sección 1.^a, de 5 de junio de 2019 que niegan la aplicación analógica de la Ley 1/2013 en procesos de desahucio por precario.

⁴ *Cfr.* ALBALADEJO, 2002, 231-246.

⁵ Sobre la usurpación de inmuebles, *Vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, J. M., 2018 y 2019 (1) y (2).

⁶ RUIZ-RICO RUIZ y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, 2013, 2 y 3.

⁷ *Vid.*: JIMÉNEZ PARÍS, T.A., 2013.

⁸ Sin embargo, el AAP de Barcelona, Sección 14.^a, de 4 de febrero de 2016, revocando la decisión de primera instancia, considera que el deudor, separado legalmente en Ecuador, y que tiene cuatro hijos a su cargo, de los que se cuida un familiar, si bien «literalmente ...no se engloba dentro del concepto de unidad familiar definido en el apartado 4, letra b) del artículo 1 de la referida Ley [1/2013] ...y si bien el apelante no tiene a sus cuatro hijos en España, sí se ha acreditado que tiene cuatro hijos y que les envía dinero cuando puede, siendo sus ingresos muy exiguos, dado el tiempo en que ha permanecido en el paro, situa-

ción que se ha prolongado en diversas ocasiones», razón por la que se estima su recurso de apelación. El AAP de Barcelona, Sección 19.^a, de 17 de febrero de 2016, considera un supuesto de unidad familiar del artículo 1.2.f) de la Ley 1/2013, el de la esposa separada de hecho del ejecutado y que vive en la vivienda ejecutada con tres hijos a su cargo, uno de ellos con un grado de disminución física del 45%. «Sobre esta base, se acredita la concurrencia de las circunstancias económicas establecidas en el apartado tercero del artículo 1 de la Ley 1/2013, si bien no se justifican cuáles sean los ingresos del ejecutado José Antonio sobre la base de la separación de hecho expresada por la recurrente». Hay que observar que con este razonamiento que hace la Audiencia se hace de mejor condición a los cónyuges en situación de crisis matrimonial que a los cónyuges en situación de normalidad matrimonial, pues los ingresos del marido separado de hecho (o separado legalmente o divorciado) no impedirían la concurrencia de las circunstancias económicas exigidas en el artículo 1.3 Ley 1/2013. Ello, a nuestro juicio, discriminaría negativamente a las familias en situación de normalidad matrimonial y particularmente a sus hijos, en los cuales habrían podido concurrir las mismas circunstancias de edad, minusvalía, salario de sus padres, etc., que las señaladas por el Auto, no beneficiándose, en cambio, de la suspensión del lanzamiento, *al computarse el salario de ambos cónyuges para determinar el cumplimiento de las circunstancias económicas exigidas por la norma.*

⁹ Artículo 2. Acreditación. La concurrencia de las circunstancias a que se refiere esta Ley se acreditará por el deudor *en cualquier momento del procedimiento de ejecución hipotecaria y antes de la ejecución del lanzamiento*, ante el juez o el notario encargado del procedimiento, *mediante la presentación de los siguientes documentos*: a) Percepción de ingresos por los miembros de la unidad familiar: 1.º Certificado de rentas y, en su caso, certificado relativo a la presentación del Impuesto de Patrimonio, expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria con relación a los últimos cuatro ejercicios tributarios. 2.º Últimas tres nóminas percibidas. 3.º Certificado expedido por la entidad gestora de las prestaciones, en el que figure la cuantía mensual percibida en concepto de prestaciones o subsidios por desempleo. 4.º Certificado acreditativo de los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las comunidades autónomas y las entidades locales. 5.º En caso de trabajador por cuenta propia se aportará el certificado expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria o, si estuviera percibiendo la prestación por cese de actividad, el certificado expedido por el órgano gestor en el que figure la cuantía mensual percibida. b) Número de personas que habitan la vivienda: 1.º Libro de familia o documento acreditativo de la inscripción como pareja de hecho. 2.º Certificado de empadronamiento relativo a las personas empadronadas en la vivienda, con referencia al momento de la presentación de los documentos acreditativos y a los seis meses anteriores. c) Titularidad de los bienes: 1.º Certificados de titularidades expedidos por el Registro de la Propiedad en relación con cada uno de los miembros de la unidad familiar. 2.º Escrituras de compraventa de la vivienda y de constitución de la garantía hipotecaria y otros documentos justificativos, en su caso, del resto de las garantías reales o personales constituidas, si las hubiere. d) Declaración responsable del deudor o deudores relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse situado en el ámbito de aplicación de esta Ley. Así, el AAP de Gerona, Sección 2.^a, de 22 de abril de 2015, confirma la resolución de instancia que desestimó la suspensión del lanzamiento «porque en primer lugar no se indica en el recurso cual es el supuesto concreto de especial vulnerabilidad de los relacionados en el apartado 2 del artículo 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que se viene invocando por la parte recurrente, lo cual constituye la premisa ineludible para acceder al beneficio que se propugna... No se ha aportado libro de familia ... lo cual impide conocer la existencia o no de hijos integrantes de la unidad familiar, cuyos ingresos debieran de ser computados a los efectos de las pretensiones deducidas. Los certificados de empadronamiento que se acompañan con el recurso, no son acreditativos de las personas empadronadas en la vivienda hipotecada, al tratarse de certificados individuales, de manera que no se cumple con lo exigido en el artículo 2.b) de la Ley 1/2013, desconociéndose cuáles son los miembros de la unidad familiar y los eventuales ingresos que pudieran obtener. Pero es más, aunque admitamos que el inmueble hipotecado constituye la vivienda habitual de los codemandados, deudores hipotecarios, tal y como exige la citada Ley, cosa que la documentación obrante

en los autos contradice, pues toda la documentación relativa a los demandados sitúa su domicilio habitual en Barcelona, incluida la escritura de préstamo hipotecario que sirve de título y que el contrato de arrendamiento de vivienda de 24 de marzo de 2010 corrobora, circunstancia que unos empadronamientos individuales e intempestivos en la vivienda hipotecada situada en La Escala (Gerona), (localidad diferente a aquella en la que siempre han residido y trabajado los deudores hipotecarios, que es Barcelona), no desvirtúan, resulta que los recurrentes tampoco han aportado certificado de rentas de los últimos cuatro ejercicios tributarios, lo que unido a las omisiones anteriormente señaladas conduce a rechazar el recurso y a mantener el criterio del órgano *a quo*, ya que los documentos acompañados con el recurso no proporcionan la acreditación de las *circunstancias que la parte deudora puede hacer en cualquier momento del procedimiento de ejecución hipotecaria, antes de la ejecución del lanzamiento, para conseguir su suspensión*». El AAP de Barcelona, Sección 2.ª, de 19 de diciembre de 2016, considera «que la enumeración de la documentación exigida que se contiene en este precepto no puede entenderse como requisito *sine qua non* para poder atender a la solicitud de suspensión del lanzamiento en los casos en que las circunstancias económicas que deben concurrir se hayan acreditado de otro modo».

¹⁰ Artículo 673. Inscripción de la adquisición: título. Será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad el testimonio, expedido por el letrado de la Administración de Justicia, del decreto de adjudicación, comprensivo de la resolución de aprobación del remate, de la adjudicación al acreedor o de la transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada, y en el que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria. El testimonio expresará, en su caso, que el rematante ha obtenido crédito para atender el pago del precio del remate y, en su caso, el depósito previo, indicando los importes financiados y la entidad que haya concedido el préstamo, a los efectos previstos en el artículo 134 de la Ley Hipotecaria. Artículo 674. Cancelación de cargas. A instancia del adquirente, se expedirá, en su caso, mandamiento de cancelación de la anotación o inscripción del gravamen que haya originado el remate o la adjudicación. Asimismo, el letrado de la Administración de Justicia mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en el artículo 656, haciéndose constar en el mismo mandamiento que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor y, en el caso de haberlo superado, que se retuvo el remanente a disposición de los interesados. También se expresarán en el mandamiento las demás circunstancias que la legislación hipotecaria exija para la inscripción de la cancelación. A instancia de parte, el testimonio del decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas se remitirán electrónicamente al Registro o Registros de la Propiedad correspondientes.

¹¹ Artículo 675. Posesión judicial y ocupantes del inmueble. 1. Si el adquirente lo solicitara, se le pondrá en posesión del inmueble que no se hallare ocupado. 2. Si el inmueble estuviera ocupado, el letrado de la Administración de Justicia acordará de inmediato el lanzamiento cuando el Tribunal haya resuelto, con arreglo a lo previsto en el apartado 2 del artículo 661, que el ocupante u ocupantes no tienen derecho a permanecer en él. Los ocupantes desalojados podrán ejercitar los derechos que crean asistirles en el juicio que corresponda. Cuando, estando el inmueble ocupado, no se hubiera procedido previamente con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 661, el adquirente podrá pedir al Tribunal de la ejecución el lanzamiento de quienes, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 661, puedan considerarse ocupantes de mero hecho o sin título suficiente. *La petición deberá efectuarse en el plazo de un año desde la adquisición del inmueble por el rematante o adjudicatario, transcurrido el cual la pretensión de desalojo solo podrá hacerse valer en el juicio que corresponda*. 3. La petición de lanzamiento a que se refiere el apartado anterior se notificará a los ocupantes indicados por el adquirente, con citación a una vista que señalará el letrado de la Administración de Justicia dentro del plazo de diez días, en la que podrán alegar y probar lo que consideren oportuno respecto de su situación. El Tribunal, por medio de auto, sin ulterior recurso, resolverá sobre el lanzamiento, que decretará en todo caso si el ocupante u ocupantes citados no comparecieron sin justa causa. 4. El auto que resolviera sobre el lanzamiento de los ocupantes de un inmueble dejará a salvo, cual-

quiera que fuere su contenido, los derechos de los interesados, que podrán ejercitarse en el juicio que corresponda.

¹² Un comodato forzoso o un derecho real de habitación legal. Sobre este punto, *Vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, 2013 y 2015 (1). Para RUIZ-RICO RUIZ y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, como la Ley 1/2013 establecería una prohibición legal de poseer «si el adjudicatario decidiese enajenar o transmitir el inmueble a un tercero, en la forma que sea, por ejemplo, podría valer como transmisión de activos inmobiliarios al denominado «Banco malo», ese tercer adquirente sí estaría vinculado respecto de la prohibición de lanzamiento, incluso aunque no constase en el Registro de la Propiedad, dado que no sería tercero de buena fe *ex* artículo 34 LH. Habría una publicidad legal de la prohibición, conjugada seguramente con la publicidad registral del procedimiento de ejecución hipotecario» (RUIZ-RICO RUIZ y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, 2013, 3).

¹³ *Artículo 562. Impugnación de infracciones legales en el curso de la ejecución.* 1. Con independencia de la oposición a la ejecución por el ejecutado según lo dispuesto en los artículos anteriores, todas las personas a que se refiere el artículo 538 podrán denunciar la infracción de normas que regulen los actos concretos del proceso de ejecución: 1.º Por medio del recurso de reposición establecido en la presente ley si la infracción constara o se cometiera en resolución del Tribunal de la ejecución o del letrado de la Administración de Justicia. 2.º Por medio del recurso de apelación en los casos en que expresamente se prevea en esta Ley. 3.º Mediante escrito dirigido al Tribunal si no existiera resolución expresa frente a la que recurrir. En el escrito se expresará con claridad la resolución o actuación que se pretende para remediar la infracción alegada. 2. Si se alegase que la infracción entraña nulidad de actuaciones o el Tribunal lo estimase así, se estará a lo dispuesto en los artículos 225 y siguientes. Cuando dicha nulidad hubiera sido alegada ante el letrado de la Administración de Justicia o este entendiere que hay causa para declararla, dará cuenta al Tribunal que autorizó la ejecución para que resuelva sobre ello.

¹⁴ RUIZ-RICO RUIZ y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, 2013, 6 y 7. Considera que no procede la interposición de recurso de apelación contra el auto que desestima la suspensión del lanzamiento, el AAP de Barcelona, Sección 17.ª, de 26 de noviembre de 2014, sobre la base de que la Ley 1/2013 no prevé modificación alguna en relación con los recursos de apelación en las disposiciones transitorias, «con lo que atendido el régimen especial de los recursos en el proceso de ejecución que se deriva del contenido del artículo 562 de la LEC, al no venir expresamente previsto en la Ley la posibilidad de interposición de recurso de apelación, no debió tenerse por interpuesto el recurso de apelación». Igualmente considera inadmisibles el recurso de apelación, el AAP de Barcelona, Sección 4.ª, de 18 de julio de 2017 y el AAP de Barcelona, Sección 14.ª, de 16 de septiembre de 2019. Señala esta última resolución: «Nos remitimos a lo ya dicho en el Auto 102/2015, de 18 de marzo de ese año por la Sección 17.ª de esta Audiencia de Barcelona, en su rollo 870/2014: «A este respecto, cabe señalar que en el proceso de ejecución el acceso a la segunda instancia tiene una regulación específica que se impone a la regulación genérica contenida en el artículo 455.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil para los procesos declarativos. Así, el artículo 562 LEC prevé que, aparte de la oposición a la ejecución prevista en los artículos 556 y siguientes, puedan recurrirse las resoluciones judiciales dictadas en el curso de la ejecución mediante el recurso de reposición (todas) y mediante el de apelación solo «en los casos en que expresamente se prevea en esta ley». Pues bien, *el auto que se recurre se ha dictado dando respuesta a la solicitud formulada por los ejecutados al amparo de lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Ley 1/13 de 14 de mayo, que se refiere a la suspensión del lanzamiento sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables. La citada ley no regula la forma que debe adoptar la resolución que se dicte, lo que habitualmente suele hacerse con buen criterio mediante auto; la ley tampoco dice que quepa recurso contra dicha resolución.* En consecuencia, teniendo en cuenta lo dicho a propósito del recurso de apelación en sede de ejecución, habrá que concluir que ese auto no es susceptible de apelación, por lo que la misma no debió ser admitida a trámite». No obstante, diversos Autos reseñados en el índice de resoluciones citadas mostrarían que se está admitiendo también la interposición del recurso de apelación. Concretamente, AAP de Barcelona, Sección 14.ª, de 4 de febrero de 2016; AAP de Barcelona, Sección 19.ª, de 17 de febrero de 2016; AAP de Gerona, Sección 2.ª, de 22 de abril de 2015 y AAP de Barcelona, Sección 2.ª, de 19 de diciembre de 2016.

¹⁵ El preámbulo del Real Decreto Ley 5/2017 señala a este respecto que «*se modifica en este artículo el Código de Buenas Prácticas para dar la posibilidad de que aquellos beneficiarios de la suspensión de lanzamientos a la que se refiere el artículo 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que sean a su vez clientes de las entidades adheridas al Código de Buenas Prácticas puedan solicitar a la entidad que les sea arrendada su vivienda en condiciones preferenciales por un periodo de hasta cinco años y cinco años más si así se acuerda con la entidad. Esta solicitud deberá realizarse en el plazo de seis meses a contar, bien desde la entrada en vigor de este Real Decreto Ley, bien desde que la suspensión les sea aplicable, si esta fuera posterior a dicha entrada en vigor*». Por su parte, la disposición adicional primera del Real Decreto Ley 5/2017 indica que: «1. Todas las entidades que a la entrada en vigor de este Real Decreto Ley se encontrasen adheridas al “Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual”, regulado en el anexo del Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de conformidad con la redacción vigente en el momento de su adhesión, *se considerarán adheridas al mencionado Código en la redacción dada en este Real Decreto Ley*, salvo que en el plazo de un mes desde su entrada en vigor comuniquen expresamente a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera el acuerdo de su órgano de administración por el que solicitan *mantenerse en el ámbito de aplicación de las versiones previas que correspondan*. 2. En los diez días siguientes al transcurso del plazo de un mes establecido en el apartado anterior, la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, mediante resolución, *ordenará la publicación del listado de entidades adheridas en la sede electrónica de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera y en el “Boletín Oficial del Estado”*. Las posteriores comunicaciones se publicarán trimestralmente en la sede electrónica de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera y en el *Boletín Oficial del Estado*, salvo que no hubiera modificación alguna».

¹⁶ Señala esta disposición adicional única del Real Decreto Ley 6/2012 que: «1. Los contratos de arrendamiento que se suscriban como consecuencia de la aplicación del Código de Buenas Prácticas se considerarán arrendamientos de vivienda y estarán sujetos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, excepto a lo previsto en sus artículos 9 y 18, con las especialidades que se regulan a continuación. 3. La renta... quedará establecida de conformidad con los parámetros del Código de Buenas Prácticas. Transcurrido dicho plazo [de 5 años] y durante las prórrogas que pudieran haberse pactado, la renta habrá de quedar determinada conforme a criterios de mercado».

¹⁷ Existe la duda en relación con la llamada prórroga tácita del artículo 10 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre [análoga a la prórrogas voluntarias y anuales durante cinco años adicionales del apartado 4 del Anexo del Código de Buenas Prácticas], de «si la prórroga del contrato supone una mera continuidad del ya existente, o si se puede cambiar alguna de las cláusulas del contrato prorrogado», sin suponer dicha alteración la existencia de un nuevo contrato. «...se argumenta que, si el contrato ya ha finalizado y, por lo tanto, ha quedado liberado de la limitación contractual, sometido al IPC o al Índice de Garantía de Competitividad, podría entenderse que las partes deciden «prorrogar el contrato» pero modificando alguna de las cláusulas del mismo, en este caso el referido al importe de las rentas. Desde este punto de vista parece lógico pensar que, una vez cumplido el período de duración obligatoria, según los límites previstos en el artículo 9 LAU, las partes *pueden mantener el mismo contrato de arrendamiento, añadiendo o modificando alguna de sus cláusulas y manteniéndose el resto*. Frente a esta idea se levanta otra, *...según la cual, desde el momento en que se produce una subida de renta y, por lo tanto, desde el momento en que se varía el importe de la renta, aceptada por el arrendatario pero provocada por la posición dominante del arrendador, deberá considerarse, no una prórroga del contrato ya preexistente, sino la suscripción de un contrato nuevo, sometido a unos períodos de duración y prórrogas forzosas nuevos, los previstos en el artículo 9 de la LAU en lugar de una prórroga de tres años (art. 10 de la LAU)*». En opinión de MARTÍN CONTRERAS «*no queda nada claro que no se pueda aumentar la renta con ocasión de la prórroga del contrato, pues, ... estamos ante un supuesto de prórroga voluntaria, de forma que el arrendatario no está obligado a aceptar el aumento ligado indefectiblemente a la prórroga, al amparo de la autonomía de la voluntad de las partes y de las normas de la economía de mercado*» (MARTÍN CONTRERAS, 2019, 5).

¹⁸ *Vid.*, más extensamente, JIMÉNEZ PARÍS, 2015 (2) y 2020 (1).

2. DERECHO MERCANTIL

De nuevo sobre la compraventa de empresa
y la acción de daños y perjuicios. Algunas notas
sobre la legitimación activa de la sociedad
adquirida ante el incumplimiento
de las declaraciones y manifestaciones

*Again about corporate sale and action
for damages. Some notes of the active
legitimation of the acquired company in the event
of breach of the representations and warranties*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho civil y abogado*

RESUMEN: El Tribunal Supremo vuelve a fallar en la Sentencia de 27 de marzo de 2019 que la acción de daños y perjuicios es apropiada en las reclamaciones derivadas de las compraventas de empresas.

ABSTRACT: *The Supreme Court again fails in the judgment of March 27, 2019 that the action for damages is appropriate in the claims arising from the sale of companies.*

PALABRAS CLAVE: Compraventa de empresa. Acción de daños y perjuicios y estipulación en favor de tercero.

KEY WORDS: *Corporate sale. Damages and stipulation in favour of third party.*

SUMARIO: I. EL CASO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE MARZO DE 2019. ACCIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS FRENTE A ACCIÓN DE SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS.—II. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA SOCIEDAD ADQUIRIDA EN SUPUESTOS DE INCUMPLIMIENTO DE LAS DECLARACIONES Y MANIFESTACIONES.—III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS—IV. BIBLIOGRAFÍA. .

I. EL CASO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE MARZO DE 2019. ACCIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS FRENTE A ACCIÓN DE SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS

En el pleito que dio origen a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2019 (Id Cendoj: 28079110012019100180) la demandante argumentó que el objeto de la compra realizada respondió a una operación empresarial de adquisición de las referidas empresas, y no a una mera operación financiera de adquisición de sus participaciones sociales, por lo que el conocimiento de la situación financiera de dichas empresas para generar beneficios resultaba esencial a la hora de adoptar dicha decisión de compra. Por lo que las demandadas, al actuar de mala fe, y ocultar la existencia de los gastos reales y maquillar la contabilidad de las empresas incumplieron su obligación de proporcionar a la compradora los datos necesarios para conocer la situación real de las empresas objeto de la venta.

En el Fallo de la sentencia de instancia se resolvió lo siguiente: *«Que debo condenar y condeno a las demandadas a abonar a la actora la cantidad total de cinco millones ciento veintitrés mil quinientos ochenta y tres euros con setenta y ocho céntimos de euros (5.123,583,78 euros) en concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, debiendo abonar de esta cantidad la entidad Valcapital Inversiones I SCR S.A. el importe total de 5.123.494,11 euros y Grupo Valcapital S.L. el importe total de 89,66 euros más los intereses legales de esta cantidad (igualmente en proporción a la cantidad que debe abonar cada demandada) desde la fecha de la presente resolución».*

Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de las demandadas, la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 5 de noviembre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue: *«Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Valcapital Inversiones I SCR S.A. y Grupo Valcapital S.L., contra la sentencia dictada en fecha 11 de marzo de 2013 y aclarada mediante auto de 29 de abril siguiente por el Juzgado de Primera Instancia número 34 de los de Madrid, en los autos de juicio ordinario seguidos ante dicho órgano judicial con el número 2592/2010, debemos revocar y revocamos la resolución recurrida en el sentido de reducir el importe de la cantidad principal a cuyo pago se condena a las demandadas, en el porcentaje que se indica en aquella resolución, conforme a lo expuesto en el fundamento de derecho tercero de la presente, sin especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada».* Y con fecha 19 de enero de 2015 se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva señala: *«Estimando parcialmente la aclaración, subsanación u complemento de la sentencia precedente interesados por Valcapital Inversiones I SCR S.A. y Grupo Capital S.L., y desestimando los solicitados por Isastur Servicios S.L., se corrige el error cometido en la sentencia precedente en el sentido de sustituir la referencia que en ella se contiene a 700.000. —por la de 819.075.— manteniendo sus restantes pronunciamientos».*

Se viene a reconocer por el Tribunal Supremo que *«el daño indemnizable derivado del incumplimiento del deber de información de las vendedoras no quedó limitado al precio de venta, sino al daño patrimonial que se ocasionara a la compradora por cualquier variación de activos o pasivos, o por la aparición de contingencias que trajesen causa de hechos anteriores a la suscripción del contrato, sin reflejo en la información facilitada a la adquirente. (...) no resulta procedente la aplicación en el presente caso de la doctrina del enriquecimiento injustificado».*

En lo que ahora nos interesa, la discusión sobre el debate introducido sobre el intento de la condenada a reconducir el supuesto, como vendedora, a un caso de saneamiento por vicios ocultos para argumentar la caducidad de la acción edilicia por el transcurso de los seis meses a que hace referencia el artículo 1490 del Código civil, se resuelve en el FJ núm. 4 de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2019 del siguiente modo:

«4. En el motivo segundo, la recurrente denuncia la infracción por inaplicación del artículo 1484 CC y por incorrecta aplicación de la doctrina jurisprudencial del aliud pro alio con relación a los artículos 1101, 1124, 1484, 1485, 1486 y 1489 del Código civil, en cuanto a la inhabilidad del objeto entregado. Argumenta que no se ha entregado ningún bien inhábil a Isastur Servicios S.L., sino que ha obtenido lo que pretendía con la compraventa, que era el 75% de las participaciones sociales de Asas Corporative S.L. Únicamente resultarían de aplicación las acciones edilicias, referidas al saneamiento por vicios ocultos, pero la acción se encontraría caducada, pues desde el momento de la adquisición de las participaciones sociales, hasta el momento de ejercitarse la acción, habrían transcurrido los plazos previstos en el Código civil y en el CCom. En todo caso, el ejercicio de la actio quanti minoris impediría exigir la condena al pago de los daños y perjuicios, al no haberse optado por la rescisión de la compra con base en el artículo 1486 del Código civil. 5. El motivo debe ser desestimado. En primer lugar, hay que precisar, que si bien es cierto que la sentencia de la Audiencia, fundamento de derecho tercero, apartados 5 y 6, declara que comparte la valoración de la prueba realizada en la primera instancia que llevó a apreciar, dada la gravedad del incumplimiento, que se entregó una cosa distinta a la pactada e inhábil para el uso a que se destina, no obstante, a continuación de forma expresa señala «que dicha valoración no tiene otra finalidad que la meramente dialéctica». Para puntualizar dicha sentencia, más adelante, que lo que realmente ejercita la demandante es una acción de indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, razón por la cual la demandante no viene constreñida solo a lo previsto para el caso de las acciones edilicias, tal y como pretende la recurrente».

Es decir, ninguna claridad nos aporta la meritada Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2019 sobre el régimen de acciones a ejercitar ante los supuestos de problemas derivados en las compraventas de empresas y los daños que pudieren derivarse como consecuencia de la aparición de contingencias o pasivos no declarados por el vendedor a la compradora.

De hecho en el caso de Autos las partes, en la cláusula segunda del contrato de compraventa, expresamente pactaron que los vendedores responderían del daño patrimonial que se causare a la compradora *«por cualquier variación de valores de activos y pasivos, o por la aparición de cualquier contingencia que traigan su origen en hechos de fecha anterior a la de esta escritura y que no se hayan reflejado en la información escrita facilitada a la adquirente».*

En realidad parece que el Tribunal Supremo, sin la claridad que hubiera sido conveniente a la luz de los antecedentes jurisprudenciales existentes, permite la coexistencia de la acción de indemnización de daños y perjuicios con la acción de saneamiento por vicios ocultos, decantándose por la validez de la indemnización de daños y perjuicios en este caso única y exclusivamente en función de los principios procesales de rogación y congruencia, más que sobre el análisis de la materialidad subyacente a la relación jurídica controvertida.

Ello nos hace recordar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2008 (núm. de recurso 2098/2003 y núm. de resolución 1059/2008)

resolvió un supuesto de incumplimiento por los vendedores de las declaraciones y garantías de un contrato de compraventa de acciones, bajo la óptica del enfrentamiento de dos soluciones opuestas para dar respuesta a la falta de conformidad del comprador, a saber, la acción de saneamiento de vicios ocultos y el «aliud pro alio».

La estipulación tercera del contrato de compraventa analizado y que originó la litis a que dio lugar la referida casación, tenía el siguiente tenor literal:

«Don Carlos María en su propio nombre y Pablo Atienza en representación de GESOP, S.A responden solidariamente de la veracidad de las partidas del Balance al 30 de junio de 1990. Que las cuentas del activo y pasivo del Balance son fiel reflejo de la realidad de la Empresa, de tal manera, que los errores materiales de las cuentas no tienen carácter representativo. Además se hacen cargo solidariamente, de las contingencias fiscales que puedan surgir para ENA hasta el 31 de diciembre de 1989. A tal efecto los garantes deberán ser puntualmente informados de tales contingencias y tendrán derecho a estar presentes o representados en las actuaciones de la inspección de Hacienda. A tal efecto se une a esta matriz una copia del Balance a 30 de junio de 1990, debidamente firmado por los comparecientes, extendido en tres folios de papel común escritos por una sola cara».

Ante las graves inexactitudes que contenía el balance de situación incorporado en la escritura de compraventa, el comprador interpuso demanda contra los accionistas de la sociedad vendida ejercitando una acción por daños por habérsele entregado una cosa distinta a la pactada y existir, en consecuencia, un incumplimiento flagrante de los pactos del contrato de compraventa.

El juzgado de primera instancia desestimó la demanda alegando que el Banco comprador del 85 % del capital social no podía alegar desconocimiento económico de la sociedad porque era banquero de la sociedad y guardaba estrecha relación con uno de sus administradores que detentaba el otro 15% de la sociedad adquirida a través de una sociedad patrimonial propia. Aparte de lo anterior, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 42 de Madrid, de 30 de abril de 1999 afirmó que aunque las acciones entregadas tuvieran los defectos alegados por la demandante *«nos encontraríamos con que el objeto de la compraventa estaría mermado por vicios ocultos, pero nunca sería un objeto distinto de lo realmente adquirido»* de modo que *«el hecho de que las acciones vendidas no generaran el beneficio previsto por los compradores no puede nunca considerarse incumplimiento del contrato por entrega de cosa diversa»*. Al considerarse que solo podría accionarse por vicios ocultos el plazo habría caducado.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 12 bis) de 29 de enero de 2003, argumentó lo siguiente:

a) Es cierto que se compró un paquete de acciones de una sociedad en funcionamiento, pero no cabe apreciar que la sociedad vendida provocara la insatisfacción del Banco, puesto que la compró en 1990 y no formuló ninguna reclamación hasta 1991; b) cabe presumir que el Banco conocía la situación económica de la sociedad, puesto que pactó aportar unos recursos adicionales de 725 millones de pesetas, a más de un crédito de 100 millones; c) para entender que se pudiera aplicar la doctrina del «aliud pro alio» hubiera sido necesario que la sociedad comprada hubiera estado en quiebra cuando le fue entregada, lo que no se correspondía con la situación; d) además, el Banco no exigió una auditoría previa, no se efectuaron depósitos de fondos ni se prestaron avales para

responder del ajuste del precio tras comprobar el Banco la situación económica de la sociedad; e) las partes previeron la posibilidad de que el balance no reflejara la verdadera situación patrimonial; f) el Banco actúa contra sus propios actos puesto que ejercita una acción no solo frente a las sociedades que le vendieron las acciones de ENA, sino también frente a D. Carlos María que no le vendió ninguna, y g) «no cabe entender que los vendedores entregaron una cosa distinta de la pactada cuando la sociedad continuó funcionando, al menos, durante varios años después de la toma de control por parte del Banco; para entender que la empresa era absolutamente distinta de la pactada, hubiera sido menester que el Banco no hubiera podido explotarla ni gestionarla en ningún momento, lo que se habría puesto de manifiesto de forma inmediata tras tomar posesión de la misma». La sentencia concluye que «[...] únicamente sería ejercitable una acción de saneamiento por vicios ocultos para solicitar la rebaja del precio por la insatisfacción o inidoneidad 'parcial' de la cosa, o bien cualquier otra acción que asista al Banco por el contrato de compraventa o, especialmente, por la estipulación tercera de dicho contrato».

El comprador recurrió en casación alegando en primer lugar que el objeto del contrato no estaba formado simplemente por las acciones sino también por las cualidades atribuidas a dichas acciones, lo cual no fue estimado ya que se afirmó por el Tribunal Supremo que efectivamente el objeto del contrato eran las acciones de la sociedad.

En relación el fundamento casacional del comprador referido al «*aliud pro alio*», pese a admitir la existencia de la jurisprudencia favorable a su admisibilidad, la sentencia de casación lo desestima ya que «... *lo que se pretendió con la compraventa de acciones fue que el comprador obtuviera el control de la sociedad ENA, mediante la compra de las suficientes acciones tal y como ya se ha dicho en el Fundamento anterior, no se han interpretado de forma errónea los pactos de las partes en relación con el objeto de su contrato. Por ello, no puede ahora exigirse que se declare la inhabilidad del objeto en contra de los hechos considerados probados y después de haber concluido que la interpretación efectuada en la sentencia recurrida fue correcta. Por tanto, no resulta posible la aplicación de la doctrina que se dice infringida*».

En suma y con independencia del análisis de los otros motivos casacionales denegados por el Tribunal Supremo, y por ser lo que ahora nos interesa, esta sentencia de casación confirmó la sentencia de apelación defendiendo que es la acción de saneamiento por vicios ocultos la que cabe ejercitar ante el incumplimiento del vendedor de una declaración sobre las cuentas de la sociedad en el momento de la compraventa, no pudiéndose tratar este asunto mediante la aplicación de la doctrina jurisprudencial del «*aliud pro alio*». Esto es, la falta de conformidad en una compraventa específica es resuelta por aplicación de las acciones edilicias en detrimento de las acciones resolutorias (con el consabido problema del corto plazo de caducidad de 6 meses al que está sujeto la acción de saneamiento por vicios ocultos) lo que a nuestro juicio, no supone un correcto tratamiento y solución de la controversia tal y como ya razonamos en su momento¹.

Es más, la conclusión a la que llega la Sentencia del Tribunal de 20 de noviembre de 2008 está en clara oposición con lo establecido para un caso similar por la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2000 (*RJ* 2000, 6747)², quizás la sentencia del Tribunal Supremo que con mayor detenimiento había tratado con anterioridad esta problemática.

En el caso de la Sentencia de 30 de junio de 2000, el Estado, que resultó propietario de Industrias Tauro, S.A. por expropiación de Rumasa, celebró un

contrato con la actora Samsonite Corporation, intervenido por Agente de Cambio y Bolsa y que lleva fecha de 5 de febrero de 1985, mediante el cual vendió a dicha entidad la totalidad de las acciones de la referida empresa expropiada, estableciéndose en el apartado 25 de la cláusula cuarta, que la sociedad transmitida «cuenta con todas las facultades, licencias, permisos y autorizaciones (de índole gubernativa y de otro tipo), necesarios para poseer y explotar su patrimonio y para desarrollar sus negocios y actividades, tal y como lo viene haciendo hasta ahora», sucediendo en la realidad que la sociedad carecía de licencia de apertura que el contrato declaraba existente, en virtud de la cláusula antes citada.

La parte actora en el pleito anterior solicitó las reparaciones patrimoniales por tal incumplimiento, consistente como hemos visto en la declaración de la existencia de licencia y la efectiva inexistencia de la misma, y sus efectos económicos en la finca al tener que asumir las obras exigidas para poder obtener la preceptiva licencia municipal.

El Estado combatió lo anterior alegando que no se había producido ninguna infracción de los términos del contrato de compraventa, sino que más bien se trata de un defecto aparecido que ninguna de las partes podía conocer al tiempo de concertarse la venta del accionariado y tal defecto se ha de encuadrar en el artículo 1484 del Código civil, que el Tribunal de Instancia no aplicó y con ello la extinción de la acción por haber transcurrido el plazo de caducidad de seis meses de vigencia que fija el artículo 1490 del Código civil.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso del Estado argumentando lo siguiente: *«El saneamiento por vicios ocultos que el artículo 1484 impone al vendedor, se proyectará directamente a la cosa específica enajenada, que adolece de defectos o imperfecciones desconocidas por el comprador. En el caso de autos se trata de licencia municipal ocultada, en cuanto se dice en el contrato que se contaba con todas las licencias, la que incluye la de apertura y, por tanto más que relacionarse la cosa, se está refiriendo a actividad o conducta precontractual del Estado vencedor; que resultó omisiva, al no haberse preocupado de constatar si se había concedido licencia, lo que resultaba fácil y posible con la simple consulta a las oficinas municipales (...) El incumplimiento opera en este caso por insatisfacción objetiva en la parte compradora, con trascendencia en la inhabilidad del objeto, en este caso jurídica. Se trata de vicio que existía en el momento de la contratación, y ello posibilita la sanción de los artículos 1101 y 1124 del Código civil (sentencias de 12 de marzo de 1982, 14 de febrero de 1984, 6 de abril de 1989 y 17 de febrero de 1994)».*

La conducta del Estado fue calificada como dolosa al decirse que *«La conducta censurable del Estado no se agota en que obró sin la necesaria buena fe, ya que la sentencia sienta que concurrió dolo, que apoya en el factum demostrado para decretar que la transgresión se produjo voluntariamente y con plena conciencia de la antijuridicidad del acto, al ocultar deliberadamente la denegación de la referida licencia de apertura, y ofrecer a la parte compradora unas garantías y seguridades que, al ser inexistentes, maliciosamente resultaron sustraídas y autorizan a contemplar «dolo incidental», que obliga a indemnizar los daños y perjuicios causados, conforme al artículo 1270 del Código civil, en relación con al 1104 (...) Habiéndose sentando actuación incumplidora contractual contraria a la buena fe y dolosa en la vendedora, el resarcimiento indemnizatorio, partiendo del principio general reparador que proclama el artículo 1101 del Código civil, hace aplicable el artículo 1.107 en relación al apartado final del 1270. Se ha de responder de todos los daños y perjuicios, es decir, se trata de un resarcimiento pleno de los que resulten conocidos y provengan de la falta de cumplimiento de las obligaciones contratadas».*

Pero, no solo el criterio mantenido ahora por la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2008 contradice la anterior Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2000, sino también al que ya mantuvo la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2001(2001/1320), esto es, resulta pues contraria a la jurisprudencia anterior de nuestro Tribunal Supremo.

Así la Sentencia de 19 de enero de 2001, trató un supuesto donde existía una deuda tributaria de la sociedad con anterioridad a la transmisión del accionariado de la misma, que había sido garantizada por los socios al venderse sus acciones donde asumieron el balance de la sociedad acompañado, declarando igualmente que la sociedad había cumplido sus obligaciones con terceros.

De esta forma, se pronunció la referida Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2001:

«... las actas levantadas en el año 1990 por los Servicios Inspectores de Hacienda, que pusieron de manifiesto la existencia de una deuda tributaria por importe de 42.220.837 pesetas, correspondiente a impuestos de sociedades de la entidad Opa Gestión Patrimonial SA (SGC), cuyo accionado había sido transmitido a la entidad actora Fitinvest SA por los socios demandados y otros no traídos al pleito mediante escrituras públicas de 27 de octubre de 1989 y 15 de diciembre de 1989. (...)

No debe olvidarse y ha de decirse de inmediato, que dicha deuda fue contraída por consecuencia de la suscripción de Seguro de Capitalización en fecha 10 de noviembre de 1987, y con vencimiento el 10 de noviembre de 1988, por importe, en cuota única, de cincuenta millones de pesetas, cuyos rendimientos no fueron declarados, refiriéndose las actas a los ejercicios de 1987 y 1988, es decir se trata de actos anteriores a la venta del accionado.

No resulta de recibo el argumento de que por haber vendido los recurrentes sus acciones quedaron desvinculados por completo de la sociedad en la que estaban integrados, pues, aunque la deuda fiscal se presenta como sobrevenida, se trata de deuda contraída durante la vigencia de la compañía y fueron los socios los que se comprometieron directamente en razón a la compraventa pública que llevaron a cabo de las acciones de las que eran titulares y en cartas suscritas por cada uno de ellos, que llevan fecha de 27 de octubre de 1989, y a las que se acompañaba el balance de la sociedad, y resultaron entregadas a la compradora, ya que de este modo asumieron el balance por reflejar la situación patrimonial de la compañía objeto de transmisión, al no existir otras contingencias que las que el balance incluía, asegurando el negocio al manifestar que la mercantil venía cumpliendo con sus obligaciones respecto a la Administración, sus empleados, clientes y terceros contratantes, lo que conforma acto propio con eficacia vinculativa y hace inaplicable el principio de la relatividad y límite personal de los contratos, no estando consecuentemente amparados los que recurren por posición jurídica de terceros, ya que el contrato que celebraron les obliga en cuanto constituye ley particular para ellos, conforme al artículo 1091 del Código civil, en relación al 1254 y 1257. (...).

En el último motivo se denuncia infracción del artículo 1481 «in fine», así como del 1475 del Código civil, para sostener que la responsabilidad exigida a los vendedores que recurren se deriva de la pérdida de valor de la cosa adquirida, por razón del pago impuesto de la obligación tributaria contraída, y que no se tuvo en cuenta al tiempo de la venta del accionado de Opa Gestión Patrimonial, SA (SGC), tratándose de obligaciones de los socios vendedores consecuencia de una evicción por la actuación fiscalizadora de la Administración.

Resultan certeras las conclusiones decisorias del Tribunal de Instancia en cuanto decretó que no se trataba de concurrencia de vicios ocultos, a lo que ha de agregar-

se de efectiva situación de evicción, sino de responsabilidades que se demandan y exigen por consecuencia de incumplimiento contractual a cargo de los vendedores interpelados. Se trata de una obligación expresamente asumida y de la que pretenden liberarse, sin base fáctica demostrada y apoyo legal alguno, viniendo a ser indiferente, dentro del marco procesal del pleito, que hubieran intervenido o no en las actuaciones inspectoras llevadas a cabo y el momento en que descubrieron el impago del tributo que correspondía a la sociedad.

El incumplimiento opera por insatisfacción objetiva en la parte compradora (S. de 30 de junio de 2000 [RJ 2000, 6747]), al imponérsele unos desembolsos no previstos ni asumidos contractualmente para hacer frente a la reclamación de Hacienda como consecuencia de las actas de descubierto que fueron levantadas».

En suma, varios años han pasado desde el controvertido Fallo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2008 en la que se adoptó el régimen del saneamiento por vicios ocultos ante el incumplimiento de las declaraciones y garantías sin que esta Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2019 haya desvirtuado aún con la claridad que resultara deseable dicha posibilidad de encuadrar el problema debatido en el régimen de las acciones edilicias y no en el de las de incumplimiento obligacional.

II. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA SOCIEDAD ADQUIRIDA EN SUPUESTOS DE INCUMPLIMIENTO DE LAS DECLARACIONES Y MANIFESTACIONES

La reducida visión del problema del incumplimiento de las declaraciones y manifestaciones propias en un contrato de compraventa de empresa para ubicar la solución de las mismas atendiendo al régimen de las acciones edilicias derivadas del saneamiento por vicios ocultos puede suponer un problema adicional en determinadas ocasiones en cuanto al análisis de la admisibilidad o presupuestos de la legitimación activa de la sociedad adquirida para hacer valer el contenido de dichas declaraciones y manifestaciones mediante la exigibilidad del daño que sufre como consecuencia de la contingencia o pasivo correspondiente.

De esta forma, es habitual en la práctica la construcción del clausulado relativo al efecto de las declaraciones y manifestaciones de tal manera que no solo se encuentra legitimado el comprador o adquirente de la empresa o acciones adquiridas sino la propia sociedad adquirida.

Una cláusula contractual tipo de las que venimos hablando podría ser la siguiente:

«Cualquier falta grave y esencial de veracidad, exactitud, corrección o adecuación a la realidad e integridad de las Manifestaciones y Garantías del Vendedor, así como cualquier incumplimiento grave y esencial de las obligaciones asumidas por el Vendedor en este Contrato, será considerado como un incumplimiento contractual grave y esencial (en lo sucesivo, «Incumplimiento»).

En caso de Incumplimiento, el Vendedor se obliga a indemnizar al Comprador y/o la Sociedad, a decisión del Comprador, de todos los daños y perjuicios efectivos que estos puedan sufrir como consecuencia del Incumplimiento.

En consecuencia en los casos citados en el párrafo anterior, el Vendedor se compromete e irrevocablemente se obliga a indemnizar al Comprador y/o a la Sociedad, a decisión del Comprador, por cualquier daño efectivo («Daño Indemnizable»)

definido como quebranto o impacto patrimonial negativo cierto y que se produzca efectivamente en la Sociedad como consecuencia de un Incumplimiento culpable o doloso, que tenga su origen o viniera producido en virtud de actos, negocios, situaciones, hechos, omisiones o vicios anteriores al día de la Fecha de Cierre, aunque sean reclamados, conocidos o liquidados con posterioridad, así como de los daños y perjuicios que, puedan producirse al Comprador y/o a la Sociedad como consecuencia de cualquier Incumplimiento».

O sea, el interés contractual de las partes del contrato de compraventa de empresa hace conceder a la Sociedad adquirida la posibilidad que sea la reclamante del daño, es decir, concederle legitimación activa *ad causam* como consecuencia de la construcción contractual referida, ya que puede ser que en realidad el daño causado (ej. reclamación judicial de un tercero previsto en sentencia firme) afecte de forma directa al patrimonio de la Sociedad adquirida y la forma más conveniente de subsanarlo sea la reposición de la valoración de ese daño al patrimonio social.

No conocemos jurisprudencia que analice la naturaleza jurídica del problema propuesto, a saber, el de la legitimación activa de la sociedad adquirida, aunque para un caso que guarda cierta similitud, hemos encontrado la respuesta desde el régimen de la estipulación en favor de tercero previsto en el artículo 1257 del Código civil.

Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 334/2011 de 29 de junio de 2011 (*JUR* 2013, 115652), donde se analizaba la naturaleza jurídica de la cláusula que imponía la obligación de indemnizar a una sociedad no firmante de un contrato las posibles contingencias o pasivos ocultos, se razonó su consideración como estipulación en favor de tercero (*ex.* artículo 1257.2 CC), se razona lo siguiente:

Siendo una nota característica de dichos pactos su carácter extraestatutario o extrasocial el mismo no puede resultar oponible frente a la sociedad precisamente en atención a su carácter extracorporativo. Y a ello no obsta que LIDERA pueda exigir a CADISA y al Sr. Ángel Daniel el cumplimiento de aquello a lo que se obligaron los socios, con la fuerza del vínculo, obligatorio, al contener el pacto preciso cual una estipulación en favor de tercero —artículo 1257.2 del Código civil (LEG 1889, 27)— Más en razón de dicha estipulación LIDERA, tercero, puede exigir el cumplimiento del contenido obligacional establecido a su favor, más sin que ello entrañe que el tercero devenga parte de aquel pacto, al no suscribir el mismo. Los comparecientes intervinieron en su condición de legales representantes de las cinco sociedades, respectivamente, y en su propio nombre, pero no como representantes de la sociedad creada LIDERA.

La estipulación a favor de tercero (LIDERA) se recoge en la cláusula 3.4 del contrato parasocietario suscrito por las cinco sociedades y sus representantes a título personal en concreto cuando dice: « En caso de que surgieran contingencias que modifiquen el valor de la aportación en especie realizada por cada SOCIO DE SU patrimonio, por hechos o actuaciones previas a la fecha de efectiva aportación a LIDERA HIGIENE, dicho SOCIO se compromete y obliga a reponer a LIDERA HIGIENE cualquier importe o quebranto patrimonial que pudiera sufrir como consecuencia de dicha contingencia o pasivo oculto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a que se produzca el efectivo pago por la Sociedad o se manifieste dicha contingencia. Las personas físicas que comparecen en este acto en nombre y representación de los SOCIOS responderán solidariamente con el socio aportante

de cualquier responsabilidad económica que pueda surgir en virtud de lo aquí dispuesto. «Y asimismo se recoge en el contrato de novación parasocietario suscrito en fecha 14 de noviembre de 2008 en donde se dice: «TERCERA.— RESPONSABILIDAD POR CONTINGENCIAS PREVIAS. 3.1. Todos los SOCIOS garantizan personal e ilimitadamente la veracidad y realidad de los Balances aportados a la escritura de ampliación de capital otorgada en el día de hoy y, en consecuencia, del patrimonio empresarial objeto de su aportación. En consecuencia, cada uno de los SOCIOS se comprometen y obliga a responder y reintegrar a LIDERA HIGIENE cualquier posible contingencia o pasivo oculto que pueda ponerse de manifiesto en el futuro que pueda suponer una modificación patrimonial o con efecto económico para LIDERA HIGIENE, siempre que tenga origen en hechos o actos anteriores al día de hoy, cualquiera que sea la fecha de exigibilidad o devengo. En consecuencia, si desde el día de hoy se produce cualquier obligación o modificación patrimonial en LIDERA HIGIENE atribuible al patrimonio aportado por cualquiera de los SOCIOS, al SOCIO al que corresponda deberá reintegrar a primer requerimiento y dentro del plazo máximo de treinta (30) días naturales desde que se produzca el pasivo o contingencia y/o sea notificada al SOCIO, el importe que corresponda, incluidas sanciones, intereses y gastos producidos si los hubiera. La presente obligación de garantía se otorga en los más amplios términos respecto a cualesquiera contingencias comerciales, laborales, fiscales y de cualquier otra índole o naturaleza, que puedan surgir en el patrimonio aportado por cada uno de los SOCIOS, según resulta de los Balances incorporados a la escritura de elevación a público de acuerdos sociales.

3.2. Sin perjuicio de lo antes dispuesto, en especial, en cuanto a los saldos de Clientes que constan en los Balances incorporados al acuerdo de ampliación de capital, todos los SOCIOS acuerdan y aceptan expresamente que aquellos saldos que no hayan sido efectivamente satisfechos a LIDERA HIGIENE a fecha 31 de marzo de 2009 por tales clientes, el importe que impagado deberá ser reintegrado a LIDERA HIGIENE por el SOCIO que haya aportado dicho cliente, no más tarde del 15 de abril de 2009, cualquiera que sea la causa o razón del impago, sin perjuicio del derecho del SOCIO a quien corresponda de hacer las gestiones y reclamaciones que estime oportunas frente al cliente.

3.3. En cuanto al inventario de existencias aportado por cada SOCIO, según resulta de los Balances antes indicados, todos los socios acuerdan, asimismo, que deberán asumir todas las existencias no vendidas a terceros en el curso normal de la actividad a fecha 31 de diciembre de 2009, obligándose a abonar el valor consignado en el Balance de ampliación de capital, no más tarde del 31 de enero del año 2010.

3.4. Cada SOCIO garantiza y se responsabiliza de la plena adecuación de las instalaciones cedidas por título de arrendamiento a la normativa para el legal desarrollo de la actividad. En consecuencia, si por el cambio de titularidad de licencias de apertura a nombre de LIDERA HIGIENE, la Administración o cualquier organismo público competente notificase cualquier deficiencia y/o exigiese el cumplimiento de cualesquiera requisitos, el SOCIO aportante se compromete y obliga a adoptar las medidas necesarias para adecuar las instalaciones, (realización de obras de adecuación, trámites administrativos, etc., en los más amplios términos), para cumplir la legislación vigente, en el plazo máximo de treinta (30) días naturales desde el requerimiento, salvo que la Administración u organismo público requirente indique un plazo menor, siendo exclusivamente de su costa, cualesquiera gastos que se originen, y obligándose a dejar indemne a LIDERA HIGIENE de cualquier coste o perjuicio económico por tal causa, incluidas sanciones y/o intereses si los hubiera.

En caso de que el SOCIO aportante no diese cumplimiento a esta obligación, LIDERA HIGIENE podrá hacerlo a su costa, siendo de aplicación lo dispuesto en las Cláusulas SÉPTIMA Y OCTAVA.

3.5. Todos los SOCIOS se obligan a aceptar el importe de las contingencias, renunciando a su impugnación frente a LIDERA HIGIENE, sin perjuicio de los derechos que puedan asistirles frente a terceros. Todos los SOCIOS por sí y por medio de LIDERA HIGIENE se comprometen y obligan a facilitar al SOCIO afectado la reclamación a dichos terceros, si así procede.

En caso de discrepancia entre los SOCIOS sobre la procedencia, existencia, cuantía, etc. de cualquier contingencia, pasivo o sobre su forma de pago, todos los SOCIOS se obligan a aceptar la decisión que adopte al respecto quien en dicho momento sea Auditor o Asesor económico o contable de LIDERA HIGIENE, obligándose a cumplir la misma y renunciando a cualesquiera acciones de impugnación o discusión de tal resolución».

Dicha estipulación a favor de tercero, se regula en el artículo 1257.2 C. civil, y en virtud de la cual los contratantes convienen una prestación a favor de tercero que confiere a este, en el aspecto de que se haya aceptado (lo que puede realizarse de forma expresa o tácita) un derecho de exigir la prestación convenida. Y eso es precisamente lo que sucede en nuestro supuesto. Toda vez que el pacto parasocial nunca fue suscrito por LIDERA, aun cuando lo fue por todos los socios de la sociedad, ya en nombre propio ya en nombre las sociedades de las que eran legales representantes D. Ángel Daniel, D. Jose Antonio, D. Juan Miguel, D. Artemio y D. Darío. LIDERA no firmó el pacto parasocial que contenía el pacto de sumisión a arbitraje; se opuso a la declinatoria de contrario y nunca se remitió a dicho documento, ni siquiera ha expresado su voluntad de someterse a él manifestando frontalmente su oposición. Y como dice el Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7872): «Tal contrato produce efectos únicamente entre las partes y sus causahabientes, careciendo de efectos frente a terceros, es decir, estos no pueden sufrir ninguna carga ni obligación ni ser privados de cualquier derecho por medio de un contrato en el que no han sido partes, ni por sí ni estando representados (arts. 1257 y 1259 CC [LEG 1889, 27])», y Sentencia de 29 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3344): «Partiendo, pues, de la buena fe, no les alcanza la condición resolutoria de un contrato en el que no fueron parte, por mor del principio de relatividad del contrato que proclama el artículo 1257 del Código civil, en virtud de la protección a la apariencia jurídica y por ser un tercero adquirente de buena fe. Todo ello en relación al tema jurídico resaltado por la sentencia de instancia que fueron adquirentes de quien en aquel momento era propietaria, por título — compraventa — y modo — posesión real — y ellos, a su vez, también adquirieron por título y modo, cumpliendo así lo requerido por los artículos 699 y 1905 del Código civil, sin que — insistiendo en lo mismo — les alcance la pérdida de la propiedad de los que fueron sus transmitentes.

El motivo debe por todo ello decaer».

En la práctica y en la jurisprudencia francesa son comunes el análisis de supuestos de lo que se conoce genéricamente como «cláusula de garantía de pasivo» (*clause de garantie de passif*) en los casos de transmisión de acciones.

Tradicionalmente en la doctrina francesa se han distinguido: a) las cláusulas de garantía de balance que pueden incluir la responsabilidad *stricto sensu* en las que el cedente de las acciones se compromete a cubrir cualquier responsabilidad social que sea causa o tenga origen a una determinada fecha aunque se manifieste con posterioridad a la misma, o bien, la garantía de activos y de garantía de activo neto, mediante la cual el cedente se compromete a asumir cualquier

reducción del activo social que sea causa o tenga origen a una determinada fecha aunque se manifieste con posterioridad a la misma, y b) las cláusulas de revisión de precios en las que el cedente se compromete a garantizar al comprador la disminución en el valor de las acciones vendidas ya sea por la aparición de un pasivo o disminución en un activo después de la transmisión.

La diferencia en la práctica entre estos dos grandes grupos de cláusulas (garantía de balance y revisión de precio) no suele ser sencilla pero se suele admitir que si el beneficiario de la cláusula es el comprador nos encontramos ante una cláusula de revisión de precio, mientras que si el beneficiario de la cláusula es la sociedad adquirida nos encontramos ante una cláusula de garantía de balance.

En una importante Sentencia dictada el 8 de marzo de 2017 por la Cámara de Comercio del Tribunal de Casación (Cass. Com., 8 de marzo de 2017, núm. 15-19.174) afirma que «*el beneficiario de una garantía de activos y pasivos es, en principio, el cesionario de los derechos de la empresa y (...) si el acuerdo de cesión puede hacer que la empresa cuyos valores se venden sea el beneficiario de la garantía ya sea exclusivamente o en paralelo con el cesionario, el pacto de asignación debe contener una estipulación clara a su favor*».

En realidad, ante la falta de designación de beneficiario es donde ha existido y continúa existiendo la controversia en la jurisprudencia francesa pese al fallo casacional antes expuesto puesto que como hemos tenido la oportunidad de observar la libertad de las partes contractuales puede hacer expresamente como beneficiario de la cláusula de garantía de pasivo a la sociedad adquirida, mediante la fórmula de la estipulación en favor de tercero (*stipulation pour autrui*, en palabras del profesor Menjucq).³

Ubicada, a nuestro juicio, la cuestión desde el régimen de la estipulación en favor de tercero⁴ y si ante el ejercicio de una acción de indemnización de daños y perjuicios (*ex. art. 1101 CC*) estuviéramos, no encontramos dificultad para que la Sociedad adquirida (*target*) como beneficiaria de la cláusula contractual modelo transcrita pueda exigir la correspondiente indemnización de daños y perjuicios sin que la posible reclamación de la parte compradora (*estipulante*) le excluya a la Sociedad adquirida en tan posibilidad y legitimación *ad causam* para reclamar a la parte vendedora (*promitente*). Ahora bien, lo realmente determinante ante esta situación será la concreción del daño realmente sufrido por cada uno de los legitimados al ejercicio de dicha reclamación de daños y perjuicios (*estipulante* y *beneficiario*).

En este sentido, LÓPEZ RICHART (*vid. op. cit.*, 480 y sigs.) cuando razona lo siguiente: «...Pero las acciones que tanto el *estipulante* como el *beneficiario* pueden ejercitar de forma concurrente contra el *promitente* en caso de incumplimiento de la prestación serán distintas la una de la otra, teniendo cada una por objeto la reparación de un perjuicio distinto —el que cada uno haya sufrido—, de donde resulta evidentemente una agravación de la responsabilidad del *deudor* que puede verse sujeto a una doble indemnización. Sin embargo, no creemos que esta consecuencia sea contraria al principio del *favor debitoris*, ni que convierta la figura, como ha afirmado algún autor; en un instrumento de opresión contra el *promitente*, pues, en ningún caso se ve aquí afectada la confianza del *deudor*, que desde un primer momento, al obligarse a favor de un tercero, sabe que hay dos personas interesadas en el cumplimiento de la prestación, consiente esa dualidad de acreedores y, por lo tanto, puede esperar de ambos una reacción en caso de incumplimiento.

Cuestión distinta es cuál debe ser el alcance de la indemnización a la que tenga derecho el *estipulante*. Evidentemente, lo que no podrá pretender el *estipu-*

lante es reclamar para sí el equivalente pecuniario de la prestación, ya que este no representa una partida integrante de la indemnización. Tampoco podrá ser indemnizado por el daño que haya sufrido el tercero. Pero si como consecuencia del incumplimiento, entendido este en sentido amplio, esto es, también en los casos de cumplimiento defectuoso o retraso en el cumplimiento, resulta él personalmente perjudicado, no cabe duda de que tendrá derecho a ser resarcido por el promitente. Ocurre, no obstante, que en la mayoría de los casos el perjuicio derivado del incumplimiento para el estipulante viene determinado en función de la relación de valuta que le une con el beneficiario y a la que el promitente es, en principio, ajeno, por lo que, al menos cuando este sea un deudor de buena fe, no deberá hacerse responder de él al promitente (arg. ex art. 1107 CC).

Por otra parte, la doctrina se inclina —entendemos con acierto— por admitir que el estipulante está facultado también para exigir del promitente el pago al beneficiario de la indemnización que a este corresponda por los daños derivados del incumplimiento».

En el ejercicio de la acción resolutoria, la cuestión se torna más complicada en función de la consideración de parte acreedora frente al promitente tanto del estipulante como del tercero beneficiario y en función de la posible contraposición de intereses que pudiese existir entre ambos.

De nuevo, LÓPEZ RICHART (*vid. op. cit.*, 487 y sigs.) se pronuncia sobre este particular razonando que: «...la doctrina mayoritaria resuelve —a nuestro juicio con buen criterio— otorgar al estipulante la facultad de resolución ante el incumplimiento del promitente y ello tanto si la obligación incumplida tiene por objeto la prestación estipulada a favor de tercero u otra prestación en favor del propio estipulante.

Para rechazar que tercero pueda servirse de la acción de resolución, se invocan los mismos argumentos que sirven para negarle la posibilidad de ejercitar las acciones de anulabilidad o rescisión. En primer lugar, se dice que, puesto que la resolución pone en juego la propia vida del vínculo contractual, su ejercicio no puede ser atribuido a quien no ostenta la condición de parte contratante. A ello se añade que, en cualquier caso, el tercero tiene interés en obtener el cumplimiento de la prestación estipulada a su favor; pero no en la resolución, pues si esta llega a producirse quedará resuelto el contrato, debiendo las partes restituirse las prestaciones que hubieran sido cumplidas, y ni la recuperación de las contraprestaciones efectuadas, ni la liberación de las que todavía se encuentran pendientes, beneficiará al tercero sino al estipulante».

Si bien la acción de resolución recae en el estipulante, todavía ha de plantearse si este ha de contar con el beneficiario para el ejercicio resolutorio o no, en función del interés del estipulante en conseguir la prestación *in natura* o por equivalente. En relación con esta cuestión, LÓPEZ RICHART (*vid. op. cit.* 493) matizando el exclusivo derecho que se concede por la doctrina mayoritaria al estipulante, opina que: «Por nuestra parte, creemos que la resolución a este problema no puede hacerse de una manera unitaria, siendo preciso distinguir según que el promitente haya incumplido la prestación estipulada a favor del tercero o alguna otra prestación que eventualmente hubiera podido ser estipulada a favor del propio estipulante. En este último caso y siempre, claro está, que el incumplimiento sea de la suficiente entidad para justificar una medida tan drástica y excepcional como la resolución, deberá darse preferencia al derecho del estipulante. Mas si el cumplimiento generador de la acción de resolución se refiere a la prestación estipulada a favor de tercero, solo procederá si cuenta con el consentimiento de este último, habiendo de optarse en otro caso por el cumplimiento».

Trasladadas las anteriores consideraciones al ámbito del contrato de compraventa de empresa, estimamos que la Sociedad adquirida encuentra plena legitimación para el ejercicio de la acción de indemnización de daños y perjuicios desde la óptica de la estipulación en favor de tercero en el modelo de cláusula propuesta, resultando a lo sumo necesaria la intervención de la misma mediante su consentimiento para el caso de ejercicio de la acción resolutoria en caso de conflicto de intereses, aunque si bien es cierto que en la práctica y en función de los costes que implicaría la resolución no suele ser el remedio ejercitado en estos casos.

Desde otro punto de vista y si la falta de veracidad de las declaraciones y manifestaciones (*representations & warranties*) típicas de un contrato de compraventa de empresa (también para cuando el objeto sean propiamente las acciones o participaciones sociales) se analiza desde el régimen del saneamiento por vicios ocultos tal y como lo efectuó en su día la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2008, el resultando del razonamiento en cuanto a la intervención de la Sociedad adquirida ha de tratarse debidamente, dependiendo también a nuestro juicio de lo pactado entre las partes en el correspondiente contrato.

De este modo, si las partes contratantes regulan el problema mediante la simple atribución de la legitimación activa a la Sociedad adquirida en los términos de la cláusula modelo antes expuesta, la intervención de la misma en cuanto al ejercicio de las acciones edilicias entendemos que resultaría diferente por la propia naturaleza de los presupuestos para la exigibilidad de la acción (acción de daños, acción resolutoria, acción de saneamiento).

Dentro del régimen de la estipulación en favor de tercero, hemos de partir que el régimen del saneamiento está plenamente pensado en nuestro Código civil para las relaciones entre las partes contractuales del contrato de compraventa. De esta forma, el artículo 1474 del Código civil se refiere a que «...en virtud del saneamiento a que se refiere el artículo 1461, el vendedor responderá al comprador...» de ahí que en el contrato que nos ocupa (compraventa de empresa) entendemos que el planteamiento del problema carece de utilidad práctica ya que será realmente infrecuente por no decir inexistente el caso en que el comprador haga prometer que se entregue la cosa saneada a un tercero (quizás, aventuramos el supuesto de compraventa de determinadas acciones o participaciones sociales para la entrega en autocartera por la propia Sociedad que ha sido objeto de adquisición, con el cumplimiento de los requisitos que establece la normativa societaria al efecto, ex. artículos 140 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, en dación en pago de una deuda que tuviera con carácter previo el comprador con la Sociedad adquirida, en función de la relación de valuta que une al estipulante con el beneficiario).

De nuevo acudimos al trabajo de LÓPEZ RICHART (494) al efecto que sobre este particular opina que: «Las mismas consideraciones que venimos haciendo cabrían en relación con la acción redhibitoria del artículo 1486 del Código civil, en el caso de que el comprador se haya hecho prometer la entrega a favor de un tercero. Lógicamente, corresponden al comprador — en nuestro caso, el estipulante — y no al tercero, las acciones derivadas de los vicios ocultos, pero, desde el momento en que tenga lugar la aceptación del beneficiario, el comprador solo podría ejercitar la acción redhibitoria contando con el consentimiento de aquel. El estipulante conserva en cualquier caso la posibilidad de exigir una rebaja en el precio, porque con ello no se verá afectada la posición del beneficiario».

O sea dentro del régimen de la estipulación a favor de tercero, para el ejercicio de la acción de daños se puede conferir legitimación activa al beneficiario; para el caso

de la acción resolutoria el beneficiario puede tener en algunos casos intervención en los supuestos de incumplimiento de la estipulación en favor de tercero prestando su consentimiento a la acción resolutoria del comprador; y, en el escenario de las acciones edilicias, observamos cómo el ámbito de actuación o de legitimación del beneficiario se reduce a la prestación de su consentimiento para la redhibitoria ejercida por el estipulante sin que pueda tener lógica intervención en la acción estimatoria o *quantí minoris*, ya que esta solo afecta al estipulante o comprador, aunque también en estos supuestos entendemos que la Sociedad adquirida podría tener legitimación activa para la reclamación de daños en la acción autónoma general, que no de saneamiento, se deduce del artículo 1486.2 del Código civil.

Por tanto, la diferencia en la intervención de la Sociedad adquirida en un proceso como consecuencia del incumplimiento de las declaraciones y manifestaciones (*representations & warranties*) en el ejercicio de una acción indemnizatoria que es la que en la práctica y por las características propias de la compraventa de empresa es la que se suele utilizar radica principalmente en el supuesto de hecho de la legitimación, a saber, si incardinamos la cuestión dentro del análisis de los requisitos argumentados en el caso de la estipulación en favor de tercero, o bien, si la intervención de la Sociedad adquirida no se reconoce con causa en el régimen de la estipulación en favor de tercero.

En este último caso, o sea, cuando nos encontramos directamente en el campo de las acciones de saneamiento (lo que a nuestro juicio no sería correcto, dada la clara naturaleza de estipulación en favor de tercero de la cláusula modelo analizada) es cuando para proteger más eficazmente la legitimación activa de la Sociedad adquirida sin ser beneficiaria en los términos del artículo 1257 del Código civil, sería conveniente a nuestro juicio la inclusión en el contrato de una cláusula de cesión de acciones por subrogación convencional, con recurso a lo previsto en el artículo 1209 del Código civil.

Como razonara en su día la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, (Sala de lo Civil y Penal) núm. 7/1992 de 22 de mayo de 1992 (*RJ* 1992, 6198), para los casos de cesión de acciones en favor del usuario del leasing, «*Junto a la legitimación que "directamente" corresponde a los sujetos de la relación jurídica material controvertida, doctrina y jurisprudencia coinciden en reconocer también dicha legitimación "por sustitución" a quienes, no siendo parte en la relación jurídica litigiosa, se hallan por disposición voluntaria o legal facultados para ejercitar judicialmente, en nombre e interés propios, las acciones que a sus titulares correspondan, cual sucede en los casos de subrogación legal o convencional de un tercero en los derechos del acreedor, que el artículo 1209 del Código civil autoriza a apreciar cuando resulte presumible con arreglo a sus disposiciones o así se haya establecido con claridad.*»

III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2000
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2001
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2008
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2019
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, (Sala de lo Civil y Penal) núm. 7/1992 de 22 de mayo de 1992
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 334/2011 de 29 junio de 2011

IV. BIBLIOGRAFÍA

- LÓPEZ RICHART. *El contrato a favor de tercero* (tesis doctoral). Universidad de Alicante, 2001, directores: Antonio Cabanillas Sánchez y Juan Antonio Moreno Martínez.
- MICHEL MENJUCQ. Clause de garantie de passif: quel beneficiare a défaut de désignation?. <https://menjucq.fr/clause-de-garantie-de-passif-beneficiaire-a-defaut-de-designation/>
- REDONDO TRIGO. El incumplimiento de las declaraciones y garantías en las adquisiciones de empresas en la sentencia del tribunal supremo de 20 de noviembre de 2008. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, núm. 713.
- VERDA Y BEAMONTE. Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, octubre-diciembre de 2000.

NOTAS

¹ REDONDO TRIGO. El incumplimiento de las declaraciones y garantías en las adquisiciones de empresas en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2008. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, núm. 713 1560-1589.

² Comentada por VERDA Y BEAMONTE. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, octubre-diciembre de 2000, 1353-1358.

³ MICHEL MENJUCQ. Clause de garantie de passif: quel beneficiare a défaut de désignation?

«La qualité de bénéficiaire d'une clause de garantie d'actif et de passif est une question traditionnelle qui donne lieu à un contentieux récurrent. En effet, la clause peut désigner comme bénéficiaire, le cessionnaire, la société dont les droits sociaux sont cédés, voire un créancier de celle-ci, la clause s'analysant dans ces deux derniers cas en une stipulation pour autrui. Ainsi n'y a-t-il pas de difficulté lorsque la clause est claire. Mais, encore faut-il que la clause désignant le bénéficiaire soit précise, à peine d'être interprétée souverainement par le juge». <https://menjucq.fr/clause-de-garantie-de-passif-beneficiaire-a-defaut-de-designation/>

⁴ Vid. LÓPEZ RICHART. *El contrato a favor de tercero* (tesis doctoral). Universidad de Alicante, 2001, directores: Antonio Cabanillas Sánchez y Juan Antonio Moreno Martínez.

El citado autor también se hace eco de la doctrina francesa (*vid. op. cit.* 88) que considera como estipulación en favor de tercero las cláusulas de garantía de pasivo «...en las que el cedente —promitente se obliga frente al cesionario— estipulante, y en beneficio de la sociedad, a pagar a aquellos acreedores que vengan a aparecer con posterioridad al balance que sirve de evaluación a los derechos cedidos».

3. URBANISMO

Nuevas posibilidades para acceder a la cancelación de los asientos practicados por la inscripción de un proyecto de reparcelación anulado

New possibilities to elicit the cancellation of the registration records entered by a reparcelization project

por

VICENTE LASO BAEZA

Laso & Asociados Despacho Jurídico y Urbanístico

RESUMEN: El presente comentario versa sobre dos Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 17 de septiembre de 2020 que se ocupan de la cancelación de los asientos practicados con motivo de la inscripción de un proyecto de reparcelación, lo cual tiene lugar a la vista de una resolución adoptada por un ayuntamiento por la que se anula el correspondiente acto de aprobación por entender que en su adopción se había incurrido en una irregularidad material, anulación que, además de no acogerse en rigor a los procedimientos de revisión previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se presenta como condición necesaria para, al llevar consigo la reversión de la reparcelación aprobada e inscrita, permitir la aprobación de un nuevo instrumento reparcelatorio plenamente conforme a Derecho al reflejar la corrección de la aludida irregularidad material.

ABSTRACT: *The present commentary deals with two resolutions of the General Directorate of Legal Security and Public Faith of September 17, 2020 that deal with the cancellation of the entries made on the occasion of the registration of a reparcelization project, which takes place in view of a resolution adopted by a city council that annuls the corresponding act of approval is nullified determining that a material irregularity had been incurred in its adoption, annulment which, in addition to not strictly fulfilling the revision procedures provided by the Act 39/2015, of October 1, on Common Administrative Procedure of Public Administrations, is presented as a necessary condition for, by bringing about the reversion of the approved and registered reparcelization, allowing the approval of a new reparcelatory instrument that is fully in accordance with the law since it corrects the aforementioned irregularity.*

PALABRAS CLAVE: Reversión. Reparcelación. Inscripción. Anulación. Revisión. Nulidad. Anulabilidad.

KEY WORDS: Reversion. Reparcelization. Plot-redivision. Registration. Annulment. Revision. Absolute nullity. Relative nullity. Revocability.

SUMARIO: I. LAS RESOLUCIONES COMENTADAS.—II. LA CALIFICACIÓN DE LA CONGRUENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO CON EL PROCEDIMIENTO DEL QUE EMANA: 1. CONSIDERACIÓN INICIAL. 2. SOBRE LA INVALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. 3. LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL EN RELACIÓN CON LA CALIFICACIÓN DE LA CONGRUENCIA DEL ACTO CON SU PROCEDIMIENTO Y SU REFLEJO EN MATERIA URBANÍSTICA.—III. LAS RESOLUCIONES DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2020 COMO PECULIAR SUPUESTO DE REVERSIÓN DESDE LA COMBINACIÓN DE LAS VÍAS JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA: 1. SÍNTESIS SOBRE LA POSICIÓN DE LAS RESOLUCIONES. 2. LA PRAGMÁTICA VÍA ANULATORIA UTILIZADA POR EL AYUNTAMIENTO FACILITADORA DE LA CONGRUENCIA DEL ACTO CON EL PROCEDIMIENTO SEGUIDO. IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA

I. LAS RESOLUCIONES COMENTADAS

Dos recientes Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 17 de septiembre de 2020, ambas publicadas en el BOE de 7 de octubre de 2020, se han pronunciado sobre sendos recursos interpuestos contra una calificación por la que se denegó la cancelación de los asientos practicados por la inscripción de un proyecto de reparcelación.

En ambos casos su origen se encontró en la presentación en el Registro de la Propiedad de un certificado de la Secretaría de un ayuntamiento de la provincia de Zaragoza sobre la adopción por el Pleno de un acuerdo en el que se dispuso lo siguiente:

a) La anulación de un proyecto de reparcelación de una determinada unidad de ejecución dejándolo sin efecto al constatarse infracción del ordenamiento jurídico por razón de la incorrecta transposición de la planimetría del Plan General de Ordenación Urbana a la realidad física.

b) Dar orden al Registro de la Propiedad al objeto de cancelar todos los asientos practicados por la inscripción del citado proyecto de reparcelación y la retroacción de todas las actuaciones practicadas con ocasión de su inscripción, con regreso a la situación jurídica anterior, con restitución de las fincas aportadas.

Aunque sin trascendencia a los presentes efectos, se dispuso igualmente la anulación del proyecto de urbanización que había sido aprobado para la unidad de ejecución.

A su vez, en orden a la calificación negativa se sostiene en la nota respectiva que el obligado sometimiento de las actuaciones de las Administraciones públicas a la Ley y al Derecho por aplicación del principio de legalidad impone el respeto y seguimiento del procedimiento legalmente previsto para cada situación en garantía del adecuado equilibrio entre la eficacia de la actuación administrativa y la imprescindible salvaguarda de los Derechos (Preámbulo de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas —LPAC—).

Según lo anterior, al estar en presencia de la anulación de un acto administrativo firme, sostiene la nota que el ayuntamiento debió haberse acogido a lo dispuesto en los artículos 106 y siguientes de la LPAC sobre revisión de actos en

vía administrativa en lugar del procedimiento ordinario según lo previsto en el artículo 70 y siguientes, lo que no se ve alterado por el hecho de que la actuación se hubiera instado por los propios interesados favorecidos en el acto.

Así se entiende al recordar que junto a las titularidades registrales de aquellos, había también otras fincas con intereses a proteger, como aquellas respecto de las que se expidió la certificación del artículo 5 del Real Decreto 1093/1997 de 4 de julio, por estar en parte afectas a otra unidad de ejecución, así como fincas patrimoniales del ayuntamiento y especialmente las fincas de dominio público como son los viales y zonas verdes con un régimen jurídico propio, en concreto estas últimas de carácter inalienable, inembargable e imprescriptible, respecto de las que se afirma que *«no se puede llegar a acuerdos por imperativo legal, y que de practicarse la cancelación de sus inscripciones para dar cabida de nuevo en el Registro a las fincas de origen de los interesados que han instado el procedimiento, como se solicita, todas estas fincas por el principio de retroacción, con el regreso a la situación jurídica anterior pasarían a ser fincas de propiedad privada que quedarían dentro del tráfico jurídico inmobiliario ordinario, con todo lo que ello conlleva respecto a sus avatares futuros»*.

Confirmada la calificación negativa tras la solicitud de una segunda calificación se interponen los dos recursos gubernativos que dan lugar a las resoluciones comentadas, uno suscrito por el representante de una mercantil y por el presidente de la Junta de Compensación y otro por la alcaldesa-presidenta del ayuntamiento, declarándose en ambos casos su estimación.

Se comienza afirmando que el supuesto considerado, que se corresponde con la que ha sido denominada *«reparcelación inversa»* o *«reversión de la reparcelación»*¹ precisa para dejar sin efecto una reparcelación aprobada e inscrita en el Registro de la Propiedad, resulta problemático ante la carencia de una expresa regulación legal hasta tiempos recientes.

A tal efecto, se recuerda el tratamiento de la cuestión en la Resolución de 6 de julio de 2015 en la que se apuntaban las *«complejísimas y normalmente desproporcionadas»* consecuencias derivadas de la anulación de un proyecto de reparcelación cuya aprobación da lugar a *«la mutación jurídico real de las titulares antiguas por las nuevas e incluso, en determinados casos, la adquisición originaria, con repercusiones hipotecarias de importante calado»*, lo que habría llevado en la práctica, se dice en ella, a la apertura de incidentes de imposibilidad de cumplimiento *in natura* de las respectivas sentencias conducentes al establecimiento de una indemnización sustitutoria (art. 105.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

Así lo expone la resolución en lo que también califica como la *«situación patológica»* a la que llevan las dificultades inherentes a las operaciones lógicas derivadas de la anulación consistentes en la cancelación de las inscripciones de las fincas de resultado y la consiguiente restitución de las correspondientes inscripciones canceladas de las de origen, situación que estaría en la base, de un lado, de la nueva sección quinta del capítulo IV del título II introducida por el Decreto 86/2018, 20 noviembre en el Decreto 29/2011, de 19 de abril, por el que se aprobó el Reglamento de la Actividad de Ejecución del texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística y, de otro, de la Ley 1/2019, de 5 de febrero, de la Generalitat, de modificación de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunidad Valenciana, mediante la previsión de la figura de la reparcelación inversa en su artículo 164 del citado texto legal autonómico, modificación a la que precedió el Dictamen 118/2018 del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana

que en parte se ocupó de la problemática derivada de la existencia de terceros de buena fe durante la gestión urbanística².

Sucesivamente las dos Resoluciones de 17 de septiembre de 2020 ponen de manifiesto que aun en ausencia de legislación específica sobre la materia ha de ser posible su articulación a través de los cauces procedimentales oportunos, es decir, ya sea «*a través de una decisión judicial, administrativa o incluso negocial*», añadiendo que en aquellos casos en los que no fuera objeto de anulación el método idóneo sería mediante «*la tramitación de una modificación del proyecto*», lo que en el caso de la Comunidad de Aragón prevén los artículos 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.

A partir del enfoque general precedente, las resoluciones atienden al alcance del procedimiento que concluye con la adopción del acuerdo que finalmente las motiva cuyo objeto fue la modificación de la reparcelación inscrita a fin de excluir aquellas fincas que se encontraban fuera del sector sobre el que se proyectaba, lo que así tuvo lugar «*retrotrayendo el expediente al momento de la aportación de las fincas originarias*» con la conformidad expresa de «*todos los titulares afectados*», requisito, este último, necesario para la rectificación sucesiva de los asientos registrales cuando su causa no procediera de resolución judicial (Resoluciones de 2 de febrero de 2005, 19 de diciembre de 2006, 19 de junio de 2010, 23 de agosto de 2011, 5 y 20 de febrero y 27 de marzo de 2015 y 2 de abril de 2018).

Se destaca, igualmente, que en un procedimiento judicial seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de Zaragoza por un tercero ajeno a la unidad de ejecución, en el que, en relación con la previa desestimación presunta de la solicitud de que por el ayuntamiento se declarara la nulidad del proyecto de reparcelación, fue dictada Sentencia firme el 19 de febrero de 2007 por la que se rechazó la presencia de causa de nulidad de pleno derecho pero se «*constató*» la existencia de una «*contradicción entre el plan general y los proyectos de gestión urbanística (...) de mera anulabilidad*», circunstancia de la que se concluye que «*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*».

La contradicción en cuestión consistió, según se hace saber en el recurso gubernativo interpuesto por la alcaldesa, «*en el hecho de que las superficies aportadas a la reparcelación se hallaban en parte fuera del ámbito de la Unidad 24, desbordando sus límites, de manera que las fincas registrales aportadas no debieron serlo o, mejor dicho, debieron serlo en menor superficie*».

A partir de este punto las resoluciones destacan el carácter excepcional de la revisión de oficio de los actos administrativos prevista en el artículo 106 de la LPAC al permitir que, «*sin mediar la correspondiente decisión judicial, la Administración pueda volver sobre sus propios actos, dejándolos sin efecto*», a lo que sigue una serie de referencias de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con aquellos actos que padecen una causa de mera anulabilidad, supuesto en el cual su previa declaración de lesividad por parte de la Administración autora del acto se configura como «*presupuesto procesal imprescindible*» (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2015) para su posterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

A partir de este punto cobran todo su interés los dos últimos párrafos del fundamento de derecho quinto igualmente reflejados en ambas resoluciones.

Así, en el primero de ellos se afirma que, «*No obstante, nada impide que, si no hay derechos de terceros o todos los interesados están conformes, no sea nece-*

sario acudir a la declaración de lesividad y consiguiente impugnación judicial, si el acto administrativo adolece de una irregularidad material (como es la afectante a la superficie incluida en la unidad de actuación) que es objeto de convalidación con la conformidad de los interesados».

En el segundo, tras señalar que la anulación del proyecto de reparcelación acordada en el año 2019 se efectuó a instancia de parte invocando causa de anulabilidad, se afirma que en razón de ello «*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*».

II. LA CALIFICACIÓN DE LA CONGRUENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO CON EL PROCEDIMIENTO DEL QUE EMANA

1. CONSIDERACIÓN INICIAL

En un anterior comentario³ sobre la Resolución de 24 de septiembre de 2015, la reparcelación inversa o reversión de la reparcelación fue definida como «*aquel acto o negocio jurídico mediante el cual se hace cesar, en todo o en parte, la situación jurídica resultante de un proyecto de reparcelación devolviendo, en la misma medida, la estructura de propiedad a su estado originario*».

A diferencia del supuesto aquí contemplado, en el citado comentario se analizó la situación generada por una sentencia de un juzgado de lo contencioso-administrativo que, tras la declaración de nulidad de un proyecto de reparcelación, ordenó la cancelación de las inscripciones de las respectivas fincas de resultado a fin de reconstruir el estado original de la estructura de la propiedad, lo que además tuvo lugar con la presencia de nuevos titulares de derechos y cargas posteriores a su inscripción.

Se apuntaban allí, a su vez, los supuestos a partir de los cuales se podía llevar a cabo la reversión de la reparcelación, destacando, entre ellos, el consistente en la desaparición total o parcial del proyecto de reparcelación con mantenimiento del planeamiento legitimador que le diera cobertura, lo que se contemplaba que así pudiera tener lugar trayendo causa de una resolución judicial, administrativa o bien por vía negocial y, a su vez, que el grado de impacto de la alteración sobre el proyecto fuera total o parcial.

Se trataba, en consecuencia, de supuestos que iban más allá de aquellas alteraciones del proyecto de reparcelación susceptibles de ser abordadas a través de operaciones jurídicas complementarias, las cuales, conforme a su propia denominación, parten del presupuesto reflejado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de que han de tener «*un alcance más modesto que el de la modificación o revisión del proyecto como acto administrativo*»⁴.

Las resoluciones aquí tratadas, por el contrario, ofrecen una situación sin duda peculiar toda vez que la efectiva reversión de la reparcelación que en ellas es tratada es el resultado del juego combinado del ejercicio de una acción judicial y de una posterior decisión administrativa adoptada en el seno de un procedimiento al que se da sentido en el marco de la primera.

En todo caso, antes de analizar en detalle la doctrina sentada en las Resoluciones de 17 de septiembre de 2020, parece oportuno detenerse brevemente en el régimen jurídico en materia de la invalidez de los actos administrativos, cuestión relevante cuando, como ha quedado dicho, el acto administrativo del que aquellas traen causa consiste en la anulación de un proyecto de reparcelación.

2. SOBRE LA INVALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Según es conocido, los denominados grados de invalidez de los actos administrativos⁵, situados en el marco de la revocación por motivos de legalidad⁶, se corresponden con la nulidad de pleno derecho, la anulabilidad y las denominadas irregularidades no invalidantes.

Tomando como referencia la teoría general del Derecho y con la particularidad de la aplicación de la presunción de validez de las actuaciones administrativas como manifestación del principio *favor acti*, la nulidad de pleno derecho representa el supuesto máximo de invalidez a partir de la presencia de una serie de supuestos de máxima gravedad.

Se trata, por lo demás, de un vicio de orden público susceptible de ser declarado de oficio, que no permite la convalidación (art. 52.1 LPAC), que admite el ejercicio de la respectiva acción en cualquier momento (art. 106.1 LPAC) y cuya presencia depende de la efectiva concurrencia de los correspondientes supuestos legales, ya sean los establecidos en la LPAC (art. 47.1) o aquellos otros tipificados como tales en Leyes especiales (art. 47.1.g LPAC)⁷.

En cuanto a la anulabilidad de los actos administrativos, la misma se establece en «*beneficio exclusivo del particular afectado por el acto viciado*», lo cual supone, de un lado, que, salvo que reaccione contra él y solicite su nulidad, quede depurado por exigencias de seguridad jurídica contrarias al «*mantenimiento de una situación de pendencia prolongada*» y, de otro, la admisión de su posible convalidación (art. 52.1 LPAC)⁸.

En orden a la definición de los vicios determinantes de que un acto administrativo sea anulable ha de partirse de la fórmula general contenida en el artículo 70.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, artículo según el cual así tendrá lugar cuando se produzca «*cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder*», fórmula literalmente reproducida en el artículo 48.1 de la LPAC.

Al margen de la posible anulación de los actos en vía de recurso, la LPAC contempla su posible revisión de oficio sometida a un distinto régimen según tenga lugar respecto de actos nulos o de actos anulables.

Así, mientras de la revisión de las disposiciones y de los actos nulos de pleno derecho se ocupa el artículo 106 de la LPAC, el artículo 107 siguiente lo hace de los actos favorables para los interesados que fueran anulables previa su declaración de lesividad para el interés público a fin de proceder a su posterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa y, por fin, el artículo 109.1 se ocupa de la revocación de los actos de gravamen o desfavorables.

Por fin y también dentro de la regulación general de la revisión de oficio de los actos administrativos, el artículo 109.2 se ocupa del supuesto de la corrección de los errores materiales y aritméticos.

3. LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL EN RELACIÓN CON LA CALIFICACIÓN DE LA CONGRUENCIA DEL ACTO CON SU PROCEDIMIENTO Y SU REFLEJO EN MATERIA URBANÍSTICA

La Dirección General ha venido aplicando una doctrina consolidada en relación con la calificación de la congruencia del acto administrativo con el procedimiento del que dimana en el caso de documentos administrativos presentados para su inscripción, lo que, con cita del artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Pro-

cedimiento Administrativo Común, así se puso de manifiesto en los siguientes términos, entre otras muchas posteriores, en la resolución de 8 de enero de 1999 que a su vez cita la anterior de 27 de junio de 1989:

«2. Ciertamente es principio básico del sistema registral español que la rectificación de los asientos del Registro presupone el consentimiento de su titular o la oportuna resolución judicial supletoria (cfr. arts. 1 y 40 de la Ley Hipotecaria). Ahora bien, como ya señalara este Centro Directivo (vide Resolución de 27 de junio de 1989) del mismo modo que cabe la modificación de situaciones jurídico-reales por resolución de la Administración aunque están inscritas en virtud de un título no administrativo, con no menor razón deberá admitirse la modificación de la situación jurídica real inscrita en virtud de un título administrativo si en el correspondiente expediente, este, por nueva resolución de la Administración, es alterado (cfr. arts. 102 y sigs. de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), y siempre que se trate de expedientes rectificatorios en los que autoridad administrativa interviniente sea competente por la modificación que se acuerde, y se cumplan en él las garantías legales establecidas en favor de la persona afectada.

(...)

Téngase en cuenta por otra parte que tratándose de documentos administrativos uno de los extremos que está sujeto a la calificación registral es precisamente la congruencia del acto de resolución con el procedimiento del que emana (cfr. artículo 99 del Reglamento Hipotecario)».

De igual modo, sobre la reconsideración por vía administrativa de una reparcelación ya aprobada e inscrita en el Registro de la Propiedad, la Resolución de 15 de junio de 2013, recordando lo dicho por las precedentes de 8 de enero de 1999 y de 15 de noviembre de 2012, destacó lo siguiente: *«que habiendo ganado firmeza en vía administrativa el acuerdo de aprobación definitiva de un proyecto de reparcelación, y estando ya inscrito y bajo la salvaguardia de los tribunales (ex art. 1 de la Ley Hipotecaria) no cabe ya, so pretexto de la realización de una operación jurídica complementaria de la reparcelación ex artículos 113.3 y 174.5 del Reglamento de Gestión Urbanística, introducir una modificación del proyecto original (desbordando lo que es un mero error material o de hecho o una previsión complementaria plenamente respetuosa del contenido básico que se completa). De otro modo se conculcaría, además, el propio régimen establecido para la revisión de los actos administrativos —cfr. artículos 102 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común—. Fuera de los supuestos contemplados no cabe que acceda al Registro ninguna modificación si no media el consentimiento del titular registral afectado o la oportuna resolución judicial de conformidad con las reglas generales (art. 40 de la Ley Hipotecaria).*

Esta doctrina es plenamente respetuosa con la de nuestro Tribunal Supremo (Sala Tercera) que, interpretando el alcance y contenido del artículo 113 del Reglamento de Gestión Urbanística, tiene declarado que el modesto alcance de las operaciones complementarias impide que su contenido sea contrario al proyecto de reparcelación o que se refiera a cuestiones ajenas a su ámbito competencial. Así lo entendió en su Sentencia de 18 de febrero de 2012 en la que afirmó la nulidad de una operación complementaria que excedía del contenido del proyecto aprobado y confirmó en su Sentencia de 13 de noviembre del mismo año al afirmar la necesidad de un nuevo proyecto de reparcelación cuando la modificación propuesta se oponía al proyecto original.

Dicha doctrina es igualmente acorde con las previsiones del Texto Refundido de la Ley de Suelo y de la normativa recogida en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística que exigen, una vez inscrito el proyecto de reparcelación, que los titulares cuyos derechos se vean alterados expresen su consentimiento en escritura pública o bien se tramite el oportuno expediente administrativo que finalice con acuerdo firme de la Administración o bien se presente la oportuna resolución judicial igualmente firme (vid. arts. 18.3 y 54.4 de la Ley de Suelo y 12.3.4 y 17.2 del Real Decreto 1093/1997)».

Por su parte, la Resolución de 6 de julio de 2015 matiza lo siguiente: «*No puede desconocerse, sin embargo, que, en ocasiones, puede producirse una modificación del Proyecto tramitada a través de esta clase de operaciones que, por proceder de un mandato judicial con todas las garantías de defensa del afectado, resulte justificado su acceso registral, máxime, cuando la única forma de llevar a cabo la ejecución de la sentencia es por medio de esa operación jurídica complementaria con relación a un proyecto de equidistribución ya inscrito. En este sentido, el propio Tribunal Supremo plantea la necesidad de examinar cada caso particular —cfr. Sentencias de 17 de julio de 2007, y de 30 de junio de 2011—».*

Se entendía por lo tanto en las anteriores resoluciones que, más allá del supuesto en el que la rectificación de la reparcelación realizada en vía administrativa fuera de orden complementario o bien procediera en ejecución de una resolución judicial que, con el mismo alcance, exigiera su rectificación por el conducto de una operación registral, máxime, cuando la realización de una alteración que implicara la sustitución de aquella por una nueva habría de ajustarse al procedimiento de revisión de oficio dispuesto en los artículos 102 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

III. LAS RESOLUCIONES DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2020 COMO PECULIAR SUPUESTO DE REVERSIÓN DESDE LA COMBINACIÓN DE LAS VÍAS JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA.

1. SÍNTESIS SOBRE LA POSICIÓN DE LAS RESOLUCIONES

La posición final a la que se llega en las Resoluciones de 17 de septiembre de 2020 consiste en que, así como se acepta que el proyecto de reparcelación, sin incurrir en un vicio de nulidad de pleno derecho, era sin embargo anulable por la razón ya expuesta consistente en que parte de las fincas aportadas desbordaron los límites de la unidad de ejecución, se admite que su anulación respectiva no se haya acomodado a los términos al efecto previstos por el artículo 107.1 de la LPAC. Es decir, que no se hubiera declarado su lesividad para su posterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Según quedó apuntado, la anterior conclusión se fundamenta en aquellos casos en los que se dieran las siguientes condiciones:

- a) Que no hubiera derechos de terceros afectados o que todos los interesados estuvieran conformes.
- b) Que, además, la irregularidad de la que adoleciera el acto administrativo fuera de carácter meramente material.

- c) Que tal irregularidad material fuera objeto de convalidación con la conformidad de todos los interesados.
- d) Que la circunstancia de que la anulación del proyecto de reparcelación hubiera sido instada a instancia de parte invocando causa de anulabilidad determina 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*».

A su vez, como elemento adicional y aun cuando no figura así expresamente reflejado en los fundamentos jurídicos de las resoluciones, lo afirmado en la anterior letra d) ha de ponerse en relación con la alegación de una de las recurrentes según la cual en la Sentencia dictada el 19 de febrero de 2007 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de Zaragoza en procedimiento iniciado contra la desestimación presunta de una solicitud de nulidad del proyecto de reparcelación, si bien no se aceptó su concurrencia sí que se constató, en cambio, que la presencia de la contradicción aludida determinó el carácter anulable del acto.

2. LA PRAGMÁTICA VÍA ANULATORIA UTILIZADA POR EL AYUNTAMIENTO FACILITADORA DE LA CONGRUENCIA DEL ACTO CON EL PROCEDIMIENTO SEGUIDO

En efecto, frente a lo afirmado por las dos resoluciones, si algo cabe afirmar es que no solo no resulta evidente que se siguiera el procedimiento previsto en la LPAC para la subsanación de vicios de anulabilidad sino que, más bien, la evidencia se sitúa justamente en sentido contrario, siendo a su vez difícil admitir que la constatación apuntada al Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de Zaragoza fuera a tal efecto suficiente cuando resulta que, aun desconociendo el tenor de su Sentencia de 19 de febrero de 2007, parece que a lo sumo se trataría de una suerte de *obiter dictum* dado que el pronunciamiento final fue contrario a la pretensión anulatoria del recurrente.

Piénsese, además, en línea con lo anterior; que siendo de cuatro años el plazo para adoptar la declaración de lesividad desde que el acto fuera dictado, tal plazo ya había transcurrido en la fecha en la que se acordó la anulación del proyecto de reparcelación dado que esta se produjo en el año 2019. Así tiene lugar aunque sea tomando como fecha de referencia aquella en la que se dictó sentencia por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de Zaragoza que desestimó la nulidad de pleno derecho de dicho proyecto.

La realidad temporal existente cuando se anula el proyecto de reparcelación consistía, por lo tanto, en que ni cabía su revisión de oficio pues judicialmente se rechazó que concurriera un supuesto de nulidad de pleno derecho, ni cabía proceder a su declaración de lesividad al haber transcurrido notablemente el plazo de cuatro años para la declaración de lesividad del acto de aprobación del proyecto de reparcelación.

Es decir, con independencia de que, como apuntó el ayuntamiento al anular la reparcelación, esta habría incurrido en un vicio de anulabilidad, se producía la anómala situación consistente en la existencia de un acto claramente repudiable frente al que, sin embargo, ni cabía su revisión de oficio por nulidad de pleno derecho por razones sustantivas, ni su declaración de lesividad por

el transcurso del plazo legal de cuatro años, auténtico callejón sin salida ante el que parece obligado que hubiera de encontrarse una vía de superación por la imperativa exigencia de que los actos administrativos de ejecución del planeamiento sean conformes al mismo, especialmente cuando de no serlo, según ocurre en el caso de la reparcelación considerada, sus irregularidades están llamadas a trascender a los sucesivos actos aplicativos, esto es, a los actos de autorización de actuaciones materiales de ejecución tales como la urbanización o la edificación.

Es por ello por lo que la inexistente tramitación de un procedimiento ajustado a lo dispuesto en el artículo 107 de la LPAC más bien respondería al doble hecho de la conformidad de los interesados y del carácter material de la irregularidad cometida por el proyecto de reparcelación, circunstancias en las que se apoyaría el acuerdo anulatorio del adoptado por el ayuntamiento.

A estos efectos y aun sin un reconocimiento explícito, parece que en realidad se habría partido más bien de la idea de que la incorrecta transposición de la planimetría del Plan General de Ordenación Urbana a la realidad física, que se encuentra en la base de la irregularidad cometida por el proyecto de reparcelación, habría sido equivalente a un error material que, expresamente aceptado por todos los afectados, habría permitido a la Administración remover el acto aprobatorio de la reparcelación para su sustitución por un nuevo instrumento elaborado a partir de una correcta base planimétrica.

Es decir, cabría considerar tácitamente identificada la opción municipal con la existencia de un error material cuya comisión era susceptible de contaminar tanto la reparcelación en su conjunto como los actos sucesivos, por lo que sería más bien tal circunstancia la que explicaría el hecho de que no se hubiera declarado la lesividad del acto para su posterior impugnación, optándose, por el contrario, por una anulación que, ligada a la elaboración del nuevo instrumento, cumplió una función instrumental indispensable al ser condición necesaria para la reconfiguración de la estructura originaria de la propiedad como condición necesaria para proceder a la elaboración de la nueva reparcelación.

Por lo demás, la existencia de la aludida irregularidad material es lo que, en unión con su no incidencia en los derechos de terceros y con la conformidad con todos los interesados, son los elementos fundamentales sobre los que se articula la adopción del acto anulatorio de la reparcelación y, según el parecer de la Dirección General, la estimación de los dos recursos gubernativos interpuestos contra la nota que denegó su inscripción.

CONCLUSIONES

I. En dos Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 17 de septiembre de 2020 se ha planteado la procedencia de acceder a la cancelación de los asientos practicados con motivo de la inscripción de un proyecto de reparcelación previamente anulado por el ayuntamiento que previamente lo aprobó.

II. Tal cuestión, que se corresponde con el supuesto que viene siendo conocido como reparcelación inversa o reversión de la reparcelación, exige determinar cuáles son las condiciones necesarias a fin de acceder a la referida cancelación, la cual, por otro lado, reúne un carácter instrumental pues se presenta como presupuesto de necesaria consecución a fin de permitir que, una vez elaborado y aprobado el nuevo proyecto de reparcelación que ha de sustituir al inscrito,

pueda acceder al Registro de la Propiedad al operar nuevamente sobre las fincas originales.

III. A tal fin, descartado el supuesto de las denominadas operaciones jurídicas complementarias por presuponer el mantenimiento en su mayor extensión del proyecto de reparcelación aprobado, cuando, por el contrario, se trata de la sustitución del proyecto de reparcelación original a través de la que ha sido identificada como vía administrativa el procedimiento ordinario habrá de pasar por la revisión de oficio del acto si hubiera incurrido en un supuesto de nulidad de pleno derecho o por su declaración de lesividad si se tratara de un acto que padeciera un vicio de anulabilidad.

IV. No obstante lo anterior, la Resolución de 17 de septiembre de 2020 admiten igualmente que, constatado judicialmente que el proyecto inscrito padeció un vicio de anulabilidad debido a que en su confección se había incurrido en una irregularidad de orden material, cabe igualmente su anulación sin necesidad de la previa declaración de lesividad a que se refiere el artículo 107.1 de la LPAC siempre que se dieran los tres siguientes requisitos: que la irregularidad fuera de la mencionada naturaleza material, que no se vieran afectados derechos de tercero y, finalmente, que el acuerdo de anulación contara con la conformidad de todos los interesados.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 12 de noviembre de 2002
- STS de 17 de julio de 2007
- STS de 30 de junio de 2011
- STS de 18 de febrero de 2012
- STS de 13 de noviembre de 2012
- STS de 18 de junio de 2015
- SJC-A núm. 1 de Zaragoza de 19 de febrero de 2007
- RDGRN de 27 de junio de 1989
- RDGRN de 8 de enero de 1999
- RDGRN de 2 de febrero de 2005
- RDGRN de 19 de diciembre de 2006
- RDGRN de 19 de junio de 2010
- RDGRN de 23 de agosto de 2011
- RDGRN de 15 de noviembre de 2012
- RDGRN de 15 de junio de 2013
- RDGRN de 5 de febrero de 2015
- RDGRN de 20 de febrero de 2015
- RDGRN de 27 de marzo de 2015
- RDGRN de 6 de julio de 2015
- RDGRN de 24 de septiembre de 2015
- RDGRN de 2 de abril de 2018
- RDGRN de 17 de septiembre de 2020

BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo 1, Editorial Aranzadi, 18.^a edición, año 2017, 701 a 718.

LANZAS MARTÍN, E.P., La reparcelación inversa o reversión de la reparcelación: ¿realidad o ficción?, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 766, 1117 a 1133.

— La alteración de la reparcelación a través de las llamadas operaciones jurídicas complementarias: contenido, requisitos y límites de dichas operaciones, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 768, 2367 a 2381.

— La reparcelación inversa como fenómeno urbanístico y su incipiente regulación legal, *Observatorio Inmobiliario y de la Construcción*, núm. 99, junio-julio de 2019.

LASO MARTÍNEZ, J.L., en Modificación de títulos de equidistribución inscritos. Operaciones jurídicas complementarias, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 676, 1337 a 1346.

NOTAS

¹ LANZAS MARTÍN, E.P., La reparcelación inversa o reversión de la reparcelación: ¿realidad o ficción?, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 766, 1117 a 1133.

² Sobre esta nueva normativa en materia de reparcelación inversa puede verse el artículo de LANZAS MARTÍN, E. P., La reparcelación inversa como fenómeno urbanístico y su incipiente regulación legal, *Observatorio Inmobiliario y de la Construcción*, núm. 99, junio-julio de 2019.

³ LANZAS MARTÍN, E. P., La reparcelación ..., *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 766, 1117 a 1133.

⁴ Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2002, a la que se refiere LANZAS MARTÍN, E.P., en La alteración de la reparcelación a través de las llamadas operaciones jurídicas complementarias: contenido, requisitos y límites de dichas operaciones, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 768, 2367 a 2381. De este tipo de operaciones jurídicas se ocupó también LASO MARTÍNEZ, J.L., en Modificación de títulos de equidistribución inscritos. Operaciones jurídicas complementarias, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 676, 1337 a 1346.

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo 1, Editorial Aranzadi, 18.^a edición, año 2017, 701 a 718.

⁶ La revocación por motivos de legalidad es presentada por los autores citados en la nota precedente (702), por contraposición a la revocación por motivos de oportunidad resultado de la retirada definitiva por la Administración de actos suyos que siendo «*regulares en sí mismos*» son sin embargo «*inconvenientes en un momento determinado*».

⁷ En el ámbito urbanístico tal es el caso, entre otros muchos, del artículo 245 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, el cual dispone que «*Son nulos de pleno derecho los convenios urbanísticos de planeamiento, así como cualquier convenio o acuerdo, cualquiera que sea su denominación, que tenga por objeto definir los criterios de ordenación del futuro planeamiento urbanístico, o lo condicione de alguna forma mediante estipulaciones que establezcan la obligación de hacer efectivos antes de la aprobación definitiva, los deberes legales de cesión y, en su caso, los convenidos entre las partes que establezcan obligaciones o prestaciones adicionales más gravosas que las que procedan legalmente en perjuicio de los propietarios afectados*».

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo...*, 690 a 700.

RECENSIONES
BIBLIOGRÁFICAS

ESPÍN ALBA, Isabel. *Cláusula rebus sic stantibus e interpretación de los contratos: ¿Y si viene otra crisis?*. Editorial Reus, Madrid, 2019.

por

ANA M.^a PÉREZ VALLEJO
Profesora titular de Derecho civil
Universidad de Almería

La monografía objeto de la presente recensión debe su autoría a la Dra. Isabel ESPÍN ALBA, profesora titular de Derecho civil de la Universidad de Santiago de Compostela. Su solvente trayectoria docente e investigadora es sobradamente conocida, tanto a nivel nacional e internacional. A sus numerosas publicaciones sobre temas variados e imbricados, todos ellos, en la disciplina del Derecho civil, se une esta monografía bajo el sugerente título la *Cláusula rebus sic stantibus e interpretación de los contratos: ¿Y si viene otra crisis?* La originalidad en el planteamiento de la materia, la visión práctica de las cuestiones planteadas, y el rigor científico en su abordaje, alcanzan en la actualidad, una renovada oportunidad que dota de especial valor el presente estudio.

Planteadas las preguntas y después de una clarificadora presentación del objeto de estudio, el análisis jurídico desplegado a través de sus 256 páginas, se presenta estructurado en seis capítulos. En los dos primeros, dedicados a «Crisis económica y nuevos retos judiciales» y a la «Crisis de la autonomía privada e interpretación de los contratos», respectivamente, la autora ubica la materia esencialmente en sede de interpretación contractual y destaca los riesgos de enfrentarse a nuevos retos judiciales únicamente con herramientas de solidarismo contractual, y en la denominada jurisprudencia de la crisis, que ha dotado al juez de mayores poderes de interpretación e integración de los contratos. Es una evidente llamada al legislador para preparar herramientas técnicas para los movimientos pendulares de crisis económica y no únicamente legislar a golpe de presiones sociales en los momentos críticos de inestabilidad financiera.

En una perspectiva más clásica y propia de los estudios de derecho civil patrimonial, la autora dedica el capítulo III a la «Cláusula rebus sic stantibus: tratamiento doctrinal y normativo». En él, realiza un amplio y riguroso recorrido sobre el tratamiento doctrinal y legal de la cuestión objeto de investigación. A la vez que aporta interesantes ejemplos de derecho comparado, destacando de ellos la aproximación a las últimas reformas de los derechos francés y belga en materia de imprevisión; preparando el sustento y anclaje de sus reflexiones en los siguientes apartados del texto.

Todo ello, para adentrarse en lo que tal vez sea la parte más esperada en una obra inserta en la colección «Claves de Jurisprudencia» de la prestigiosa

Editorial Reus: «La evolución jurisprudencial» (capítulo IV) y el «Análisis casuístico» (capítulo V) de la realidad de varios tipos contractuales. En este punto, el lector encontrará un análisis exhaustivo del tratamiento de la materia por los tribunales, desde la fase inicial de excepcionalidad máxima, pasando por la denominada «normalización» en el año 2014, hasta llegar a lo que la autora denomina «normalidad después de la normalización» y que describe la vuelta a la excepcionalidad de su aplicación, de acuerdo con la jurisprudencia analizada hasta octubre de 2019.

Para cerrar, el capítulo VI cuida de la «Contratación proactiva: formulación de cláusulas contractuales» y ofrece una serie de reflexiones y recomendaciones para la formulación de cláusulas contractuales, desde una visión proactiva de los asesores jurídicos, advirtiendo, entre otras cosas, que ante el recelo de una intervención judicial en los pactos celebrados no es aconsejable perder la perspectiva para los contratos futuros de que relaciones que se prevén de larga duración, deben sopesar distintos elementos como la duración de las relaciones de confianza, la dependencia comercial entre empresas, el entramado contractual entre los interesados, y un largo etcétera que recomiendan evitar un «exceso de previsión».

En suma, la monografía, de recomendada lectura, se presenta como un análisis crítico de la evolución jurisprudencial del tratamiento de la cláusula *rebus sic stantibus* hasta la fecha de cierre del estudio, el 3 de octubre de 2019, así como del estado de la formulación de las cláusulas de previsión de riesgo. De esa forma, su título es muy adecuado al contenido y describe a la perfección, tanto el objeto del estudio, como el enfoque propuesto para el mismo. Más aún en el escenario actual. Nótese que la autora tomó como punto de partida el anuncio por parte de la Comisión Europea, en el año 2017, del fin de la crisis económica que en la última década había movido los paradigmas económicos y jurídicos tanto en el contexto comunitario como en el nacional. A la vista de la fuerza y extensión de ese movimiento, la pregunta que formula la autora ¿y si viene otra crisis? apunta a una inestabilidad económica que ya mostraba sus señales en el primer mes del año 2020, cuando salió el libro al mercado. Con todo, la profesora ESPÍN ya predijo que no era «aventurado pensar que la amenaza de nuevos escenarios de crisis económica pueda retrotraernos a una serie de cuestiones no resueltas y, por consiguiente, seguir defendiendo la necesidad de una acción normativa».

Ahora, tras la crisis generada por la pandemia del COVID 19, cobran especial sentido sus predicciones y hace que el tema tratado muestre, si cabe, más aún, una indudable actualidad y le reviste de una oportunidad que seguramente servirá para los juristas implicados en la búsqueda de remedios para paliar el impacto jurídico y económico de la pandemia. La cuestión está en si, otra vez, llegamos tarde. Algunas consideraciones conclusivas de la autora nos acercan a una realidad que excede de lo imaginable hace escasos meses. Pero sobre todo, pueden ser útiles para un futuro, tan incierto, como complejo. «En suma, si nos enfrentamos a otra crisis económica, social o financiera de peso, ante la escasa —y no siempre de calidad— respuesta normativa, la interpretación judicial de los contratos seguirá jugando un papel decisivo en la búsqueda de una “justicia contractual”. Si se quiere adelantar soluciones e impedir —o al menos suavizar— intervenciones judiciales sustitutivas de la voluntad de los contratantes, es conveniente una negociación más ajustada de las cláusulas contractuales, incluso en contratos menos complejos».

Como valoración general cabe decir que la monografía aquí presentada supone una valiosa aportación y un avance en el conocimiento sobre los dos frentes abiertos desde el ejercicio de la abogacía y de la investigación jurídica. Por un

lado, el conocimiento casuístico de la doctrina jurisprudencial vigente sobre la materia como herramienta de litigación, y por otra parte, no menos importante, la prevención de los efectos adversos de la regla *rebus*, por medio de la introducción de previsiones contractuales sobre el riesgo, así como del manejo de técnicas de negociación para la modificación o novación de acuerdos vigentes.

GARCÍA MAYO, M.: *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*, Reus, Madrid, 2019, 526 pp. (978-84-290-2147-9)

por

ADRIÁN ARRÉBOLA BLANCO
Investigador contratado posdoctoral
Universidad Complutense de Madrid

La monografía que tengo el gusto de reseñar es el resultado de varios años dedicados al estudio de la vivienda familiar que, en su día, dieron a su autor el grado de doctor, tras la exitosa lectura y defensa de su tesis doctoral en la Universidad de Sevilla. Manuel GARCÍA MAYO, doctor en Derecho, y profesor de Derecho civil, enfoca su obra sobre el uso de la vivienda familiar en contextos de crisis de pareja, una de las mayores fuentes de litigios cuyo régimen jurídico ha propiciado la aparición de no pocas publicaciones. Ello se debe, sobre todo, a la gratuidad con que actualmente se concibe su atribución judicial frente al importante valor que el mismo representa para la economía del común de la población —motivo por el que el autor propone su sustitución por un arrendamiento forzoso sobre la vivienda familiar, al estilo francés y portugués—, así como a las deficiencias legislativas que durante los últimos años ha venido manifestando lo dispuesto en el artículo 96 del Código civil.

El núcleo principal de las críticas que se han dirigido contra este precepto legal lo constituyen particularmente los criterios de atribución de este derecho, que, como refiere el autor, necesitan de una amplia interpretación por parte de los jueces y tribunales que responda eficazmente a la propia magnitud del interés superior del menor, a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados y al espíritu y finalidad de los mismos, con el propósito de lograr así una armonización de todos los intereses implicados. Pero, más allá del reiterado debate suscitado en torno a tales criterios, son muchos los interrogantes que en la práctica siguen generándose en derredor de la vivienda familiar y la atribución de su uso: ¿Cabe la atribución de viviendas distintas a la familiar? ¿El derecho de uso atribuido se extiende a los anexos de la vivienda? ¿Quién paga el impuesto sobre bienes inmuebles o las cuotas de la comunidad de propietarios? ¿Es posible el alquiler de las habitaciones de la vivienda familiar? ¿Es el derecho de uso oponible *erga omnes*? ¿Cómo y cuándo se extingue? ¿Qué tratamiento recibe la vivienda si pertenece a terceros? ¿Es aplicable a parejas de hecho?

El autor, a lo largo de su obra, responde a estas y otras muchas preguntas mediante un total de ocho capítulos agrupados en las tres partes que se detallarán a continuación:

La primera parte, subdividida en dos capítulos, comienza por delimitar el concepto de vivienda familiar en relación con otros similares como son los de

vivienda habitual, residencia habitual, hogar familiar, domicilio familiar o domicilio conyugal que aparecen referidos en distintas sedes para así adentrarse, posteriormente, en la atribución de su uso. De este modo, una vez delimitado el objeto de estudio, el autor prosigue en su exposición hacia el fundamento sobre el que descansa este derecho —que, en definitiva, se proyecta sobre los controvertidos criterios que han de guiar la intervención de la autoridad judicial— con el objetivo de mostrarnos tanto el fin perseguido por el legislador como los propios destinatarios de la protección que este dispensa mediante este cauce y las necesidades que, en última instancia, justifican la limitación del dominio por esta causa, a partir de lo cual la obra avanza hasta lo que verdaderamente constituye el núcleo de la misma.

La segunda parte, consistente en tres capítulos, se centra en concretar la naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar —que, incluso a día de hoy, permanece en el terreno de la ambigüedad tras haberse concebido como un mero «derecho familiar»— tomando en consideración todas y cada una de las interpretaciones existentes a este respecto. Sobre el particular, además, si algo debe reconocérsele al autor, es, desde luego, el valor que demuestra al apartarse de la opinión que predominantemente comparte tanto la doctrina como la jurisprudencia y defender que el uso judicialmente atribuido sobre la vivienda familiar no constituye sino un derecho real de uso, de carácter especial, si cabe, pero derecho real de uso al fin y al cabo. Partiendo de ello —y, por tanto, lejos de la comodidad que lleva consigo el refugiarse en la *communis opinio*—, el estudio se adentra seguidamente en cuestiones tales como la eficacia de este uso frente a terceros y su oportunidad de acceso al Registro de la Propiedad —previo paso por el complicado supuesto de vivienda familiar perteneciente total o parcialmente a un tercero—, en torno a las cuales el autor discurre con absoluta solvencia.

La tercera parte, compuesta por los dos capítulos restantes, comprende la verdadera aportación que el autor quiere ofrecernos con su obra en cuanto desarrolla a través de ella el régimen jurídico que estima consecuente con los cimientos de la tesis que defiende. En particular, habiendo determinado previamente la naturaleza jurídica del uso susceptible de atribución sobre la vivienda familiar y su respectiva eficacia frente a terceros, aplica a este derecho lo dispuesto por los artículos 523 y siguientes del Código civil. De este modo, se repara en la constitución, elementos objetivo y subjetivo, contenido, modificación y extinción del mismo, pero sin olvidar en esta empresa el fundamento último al que responde su atribución conforme a la posición adoptada con anterioridad, al comienzo de la obra. Sin embargo, el autor concluye que las diferencias resultantes de trasladar el régimen jurídico del derecho real de uso al atribuido judicialmente sobre la vivienda familiar no afectan en absoluto a sus elementos sustanciales, sino solamente a los naturales —que están sujetos a la libre disponibilidad de los interesados y son, por tanto, fácilmente subsanables—, como vivo reflejo de la especial naturaleza jurídica que él mismo confiere a uno con respecto al otro.

En definitiva, se esté o no de acuerdo con ella, en función de la opinión que a cada uno le merezca, detrás de esta obra no encontrará el lector una mera recopilación de jurisprudencia ni mucho menos simples valoraciones subjetivas que hagan primar lo emocional sobre lo realmente jurídico, como muchas veces acontece en el ámbito de la familia. Bajo el título «Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico» se esconde una investigación propiamente jurídica, rigurosa, completa y sólidamente realizada que en ningún momento pierde de vista la extraordinaria utilidad práctica que reviste su objeto de estudio, a fin de proporcionar soluciones a la inseguridad jurídica que todavía gira en torno al

mismo. Evidentemente, si entendemos que la familia no es un circuito cerrado que permanezca ajeno a cualquier inmisión procedente del resto del ordenamiento jurídico, sus respectivas soluciones tampoco deben desligarse de las reglas generales mientras no lo justifique la propia especialidad de sus instituciones. Éste es, precisamente, el camino que emprende el autor a lo largo de su obra, al mostrar su disconformidad con el ambiguo calificativo de «familiar» y adentrarse en el terreno de los derechos reales para responder a los interrogantes que en la práctica suscita la atribución del uso de la vivienda familiar. Por ello, y por todo cuanto se ha dicho ya, la presente recensión no ha de finalizar sino a través de una valoración positiva como aquellas otras cinco que, hace poco más de un año, culminaron en *cum laude*.

MUÑIZ ESPADA, Esther, Universidad de Valladolid, *Hacia unas nuevas funciones de registro mercantil en relación con la actividad agraria*. Ed. Colegio de Registradores. Madrid, 2020. 146 páginas.

por

LUIS ARNÁEZ FERNÁNDEZ

Registrador titular de Tamarite de Litera

La recensión que nos ocupa, tiene por objeto una obra de derecho agrario que puede considerarse innovadora y necesaria, ya que propone un cambio de modelo, tanto legislativo como de publicidad registral, cuyo objetivo es mejorar el régimen jurídico aplicable a las explotaciones agrícolas, en aras a una eficiencia legislativa que sirva como vehículo para los principios europeos en la materia.

Desde el inicio, se indica cual debe ser el instrumento, que se debe considerar el epicentro de esta reforma legislativa, el único que puede proporcionar una publicidad eficaz, que a su vez produzca efectos jurídicos, y que en definitiva dote de la necesaria seguridad jurídica que se exige en un sector tan importante como el que nos concierne. Este, no es otro que el Registro Mercantil.

Se abordan, en un primer momento, cuestiones fundamentales en el ámbito de la legislación europea en materia agraria, tales como la sostenibilidad ambiental (que ha ido cogiendo fuerza en estos últimos años), su necesario control y evaluación, la denominada excepcionalidad agraria (que justifica políticas de subvención y ayudas), la protección de los consumidores contra las prácticas desleales, la mediación como instrumento eficaz de resolución de conflictos... todas ellas incluidas en la nueva PAC.

Estas ideas, confluyen en la necesidad de dotar al sistema agrario nacional de tres elementos absolutamente indispensables: Transparencia, información unificada, y seguridad jurídica. Solamente así se conseguirá un mayor nivel de confianza, que determine un aumento de las inversiones que en el futuro se puedan realizar en el sector. Tales principios, se coordinan, a la perfección, con la institución registral.

Por otra parte, la innovación y la digitalización del sector, han dado como fruto nuevos modelos de producción agrícola, que requieren una mayor protección y publicidad. Así, se pone de manifiesto en la obra, elementos mobiliarios que han ganado en relevancia económica, esto son, las marcas, patentes, derechos de obtención agrícola, denominaciones de origen, ... lo que se ha denominado

patrimonio agrícola, y que sin duda deben situarse bajo el amparo que, de ordinario, dispensa el Registro Mercantil. Además, se deja la puerta abierta a la participación de otro registro, en este caso, el de Bienes Muebles, para proteger los elementos mobiliarios mas importantes, como la maquinaria agrícola.

Esta unificación legislativa y registral se apoya en una triple idea: la eficiencia en la gestión administrativa, la reducción de costes y la simplicidad legislativa. Esta última, reviste caracteres de acusada necesidad, dada la multiplicidad de órganos e instituciones agrarias existentes, así como la existencia de normas redundantes, tanto en el ordenamiento estatal, como en el autonómico.

En este ámbito, se propone una triple vía de simplificación legislativa: la creación de un Código Rural, concentrando toda la materia en un único cuerpo legal; una Ley de Orientación Agraria que marque las directrices básicas; o bien una Ley General Agraria y Rural que aglutine el conjunto de leyes existente.

Como modelo, se impone, con fuerza, un Registro Mercantil, que unifique la información y dote al sistema de la seguridad jurídica necesaria. Así, se destaca la fe pública registral, la legitimación, y la publicidad formal como medio para ordenar la información, que permita al usuario conocer toda la información sobre una explotación agraria, a través de la correspondiente certificación registral o nota simple informativa.

Así, se propone un modelo de inscripción obligatoria de los agentes agrarios, sean del tipo que sean, en el Registro Mercantil, en el que se incluyan todos los elementos que anteriormente se han expuesto. Alternativamente, se presenta un Registro Mercantil como institución que permita recibir, gestionar, y publicitar, toda la información o *big data*, propia de la materia.

A mayor abundamiento, se pone de manifiesto, que esa unificación sería de gran utilidad, no solamente para todos los operadores agrarios, sino también para la propia Administración, garantizándose un acceso rápido a la información. No debe perderse de vista, que tal información se recoge hoy en la larga lista de registros administrativos que se detallan en el libro, registros que, por no tener carácter jurídico, no pueden proporcionar la seguridad jurídica que se exige.

Por ultimo, como refuerzo argumental, se analiza el ámbito propio del Derecho Comparado, poniendo de manifiesto legislaciones que han optado por imponer soluciones semejantes a las que se proponen en esta monografía.

En definitiva, se trata de un estudio riguroso sobre las necesidades actuales del mercado agrario, que impone una solución innovadora a un modelo caduco. De este modo, se sirve de una institución, el Registro Mercantil, que ha dado sobradas muestras eficacia en aras a la protección del mercado, y propone una ampliación de sus funciones, para que pueda dispensar la misma protección y seguridad al sistema agrario nacional.



Suscripción anual: 120,99 €
Número suelto: 23 €

ISSN 0210-0444

