REVISTA CRITICA
DE
D E R E C H O
INMOBILIARIO



Año XCVI • Septiembre-Octubre • Núm. 781

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 • Septiembre-Octubre 2020 • Núm. 781

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 Gálligo
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 Mercantiles de España

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

Francisco Javier Gómez Gálligo
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 Gálligo
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 Ezquerra
Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid

Encarnación Roca Trías
Magistrada del Tribunal Constitucional

Ignacio Sancho Gargallo
Magistrado de la Sala Primera
del Tribunal Supremo

Ignacio Tirado Martí
Profesor de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Ángel Valero Fernández-Reyes
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Fátima Yáñez Vivero
Catedrática de Derecho Civil
UNED Madrid

Manuel Ballesteros Alonso
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Pilar Palazón Valentín
Registradora de la Propiedad y Mercantil

SUMARIO / *SUMMARY*

Págs.

ESTUDIOS / *STUDIES*

ANGUITA RÍOS, Rosa María: «Inteligencia artificial y Derecho civil: líneas de pensamiento en materia de daños» / *Artificial Intelligence and Civil Law: lines of thought about tort* 2541

ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa: «La cautela *socini:* revisión crítica de su concepción actual» / *The socini caution: critical review of its current conception*..... 2583

LÓPEZ FRÍAS, Ana: «La buena o mala fe del tercero *ex* artículo 34 de la Ley Hipotecaria cuando la situación posesoria no coincide con la publicidad registral» / *The good or bad faith of the third party ex article 34 of the Spanish Mortgage Law when the possessory situation does not coincide with the information provided by the registry advertising*..... 2621

ESTUDIOS LEGISLATIVOS / *LEGISLATIVE STUDIES*

FANDOS PONS, Pedro: «Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (IV): El principio de especialidad registral gráfica» / *The geographical repercussions of the mortgage principles after Law 13/2015, of June 24 (IV): The graphic registration speciality principle* 2665

Págs.

DICTÁMENES Y NOTAS / *LEGAL OPINIONS AND NOTES*

TRINCADO AZNAR, José María: ¿Es posible la usucapión ordinaria *contra tabulas?* / *Is ordinary usucaption «contra tabulas» possible?*..... 2715

DERECHO COMPARADO / *COMPARATIVE LAW*

CABEZUDO BAJO, María José: «Efectos del incumplimiento del contrato de gestacion por sustitución compensada en la filiación establecida por sentencia» / *Effects of a breach of the compensated surrogacy contract on the filiation established by judgment*..... 2773

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... 2817

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / *JUDICIAL STUDIES*

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

— «Menores: la importancia del tiempo y su incidencia en su desarrollo vital *(desde la perspectiva de inexistencia de relaciones familiares básicas)*» / *Minors: the importance of time and its impact on its vital development (the absence of basic family relationships),* por Isabel DE LA IGLESIA MONJE..... 3029

1.2. Derecho de familia:

— «La sociedad de gananciales: confesión de ganancialidad, atribución voluntaria de la ganancialidad y derecho de reembolso» / *Community society: confession of community property, voluntary attribution of community property and right of reimbursement,* por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT..... 3045

Págs.

1.3 Derechos reales:

— «La extensión vertical del dominio y la accesión» / *The vertical extension of the domain and the accesion,* por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA .. 3100

1.4. Sucesiones:

— «Autonomía de la voluntad testamentaria: la dispensa de colación como declaración unilateral y revocable en disposiciones testamentarias» / *Autonomy of the testamentary will: the dispensation of collation as a unilateral and revocable declaration in testamentary dispositions,* por Fernanda MORETÓN SANZ 3113

1.5. Obligaciones y Contratos:

— «La responsabilidad directa del productor ante el consumidor. Dieselgate (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 735/2020, de 11 de marzo» / *The direct liability of the producer to the consumer. Dieselgate (concerning the Sentence or Spanish Supreme Court 735/2020, March 11th),* por Ángel JUÁREZ TORREJÓN 3158

1.6. Responsabilidad civil:

— «Responsabilidad civil derivada de los daños en los bienes causados por colisión recíproca de vehículos» / *Civil liability for damages caused by the reciprocal collision of vehicles,* por Esther MONTERROSO CASADO 3188

1.7. Concursal Civil:

— «Moratoria hipotecaria, epidema del COVID-19 y estado de alarma» / *Mortgage moratorium, COVID epidemic 19 and alarm status,* por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS 3206

2. MERCANTIL:

— «*Cookies* y consentimiento» / Cookies *and consent,* por Laura CABALLERO TRENADO 3227

Págs.

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

— «La constancia registral de la situación urbanística de la edificación» / *The registration of the planning situation of buildings,* por Eugenio-Pacelli LANZAS MARTÍN 3240

4. DERECHO BANCARIO

— «El procedimiento catastral de subsanación de discrepancias a la luz de las últimas respuestas de los tribunales colegiados nacionales» / *The cadastral procedure to remedy the discrepancies in the light of the latest responses from the spanish collegiate courts,* por María Luisa DOMÍNGUEZ BARRAGÁN 3253

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / *BIBLIOGRAPHY INFORMATION*

«Derecho de los bienes muebles. Financiación y garantías en la contratación mobiliaria» 2.ª edición, de, Fernando GARCÍA SOLÉ y Fco. Javier GÓMEZ GÁLLIGO, por Alberto J. TAPIA HERMIDA 3269

«¿Derecho común o derecho especial de grupos? Esa es la cuestión», de Cándido PAZ-ARES, por Santiago ARAGONÉS SEIJO 3274

«Hijos de uno solo de los cónyuges y sociedad de gananciales», de Patricia LÓPEZ PELÁEZ, por Fátima YÁÑEZ VIVERO 3278

ESTUDIOS

Inteligencia artificial y Derecho civil: líneas de pensamiento en materia de daños

Artificial Intelligence and civil Law: lines of thought about tort

por
ROSA MARÍA ANGUITA RÍOS
Profesora de Derecho civil. Universidad de Jaén

RESUMEN: Seamos sinceros, los robots nos dan miedo. Este sentimiento ha sido en gran parte forjado por el cine: robots que controlan la Tierra y convierten a los humanos en sus esclavos. Si seguimos siendo sinceros, nadie quiere renunciar a una herramienta con el potencial de la inteligencia artificial. Ante ambas opiniones de miedo y necesidad el recurso al Derecho es imperante para establecer las reglas y las pautas que marquen nuestra relación con los robots, actuales y futuros, y con los cambios que provocará en nuestra sociedad. El avance de la tecnología muestra que es vital la investigación desde la perspectiva jurídica, mostrando especial interés en la responsabilidad civil que deriva de los daños generados por máquinas cada vez más inteligentes y autónomas y en la privacidad y transparencia en el manejo de datos. En el presente estudio se conecta el Derecho civil con los avances tecnológicos y los problemas jurídicos que de ellos derivan. Se debate en estas líneas de forma particular cuestiones como la conveniencia de una rama específica para la materia, la atribución de personalidad a estos entes tecnológicos y la orientación que debe seguir la responsabilidad civil por los daños provocados por los sistemas más autónomos. Es el mo-

mento, tras las publicaciones sobre la materia, de recapitular y repensar para seguir avanzando.

ABSTRACT: Let's be honest, robots scare us. This feeling has been largely forged by the cinema: robots that control the earth and turn humans into their slaves. If we remain honest, no one wants to give up a tool with the potential of artificial intelligence. In the face of both opinions of fear and necessity, recourse to the law is imperative to establish the rules and guidelines that will mark our relationship with robots, present and future, and with the changes that it will bring about in our society. The advance of technology shows that research from a legal perspective is vital, showing special interest in the civil liability that derives from the damage generated by increasingly intelligent and autonomous machines and in the privacy and transparency in the handling of data. This study connects civil law with technological advances and the legal problems that derive from them. It discusses in particular issues such as the suitability of a specific branch for the subject, the attribution of personality to these technological entities, the orientation that civil liability should follow for damages caused by more autonomous systems and the path to be followed to effectively protect our privacy. It is time, after the publications on the subject, to recapitulate and rethink in order to continue moving forward.

PALABRAS CLAVE: Robótica. Inteligencia artificial. Responsabilidad civil. Estatus legal. Privacidad. Protección de datos y personalidad.

KEY WORDS: Robotics. Artificial intelligence. Liability. Legal status. Privacy. Data protection and personality.

SUMARIO: I. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL YA ESTÁ AQUÍ ¿Y AHORA QUÉ?—II. EL ALCANCE DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL MUNDO JURÍDICO.—III. NORMATIVA MARCO. —IV. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EL DERECHO CIVIL: 1. CONCEPCIÓN JURÍDICA: *A) Delimitación terminológica. B) Consideraciones sobre la naturaleza legal de la inteligencia artificial:* a) El sentido de una disciplina jurídica autónoma. b) El sentido de una categoría legal independiente. 2. RESPONSABILIDAD CIVIL: *A) Líneas de pensamiento en materia de los daños generados por el empleo de la inteligencia artificial. B) Criterios para una regulación en materia de responsabilidad civil.*—V. CONCLUSIONES. —VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL YA ESTÁ AQUÍ ¿Y AHORA QUÉ?

¿Estamos ante una nueva rama del Derecho? ¿Es nuestro marco jurídico el adecuado para hacer frente a los avances de la robótica? ¿El robot tiene entidad suficiente para otorgarle personalidad? ¿Cuál es el grado de libertad y autonomía del robot dentro de lo que podría considerarse un margen de imprevisibilidad o de improvisación?… Todas ellas son cuestiones que se plantea la Ciencia jurídica y cuya respuesta no es anodina al influir marcadamente en las consecuencias legales si queremos crear un sistema coherente ante una nueva realidad tecnológica. La ciencia está avanzando rápidamente frente a un Derecho que encuentra dificultades en comprenderla. Tenemos frente a nosotros un amplio y complejo panorama abordable de forma genérica o sectorial, haciéndolo en este último caso desde la perspectiva jurídico-privada.

El objetivo de este trabajo no es otro que el acercarnos a las tecnologías más transformadoras de nuestro tiempo, desde la generalización del uso de Internet, que requieren de un marco legal de referencia para los operadores del sector. Se trata de un campo por explorar, de gran interés tanto social como particular, en concreto para todas y cada una de las partes implicadas en este sector, seriamente preocupados por las implicaciones de sus actividades. Necesitan pues de cobertura jurídica ante las potenciales consecuencias de las creaciones que trasciendan los confines de los laboratorios.

Es curioso como para los que hemos sido espectadores de películas tan carismáticas como la dirigida en 1982 por Ridley Scott comprobemos que el escenario recreado por *Blade Runner* salte a la realidad en unas líneas como estas que intentan ceñirse a consideraciones jurídicas, alejadas de la pura ciencia ficción, pero donde robots, androides, ciborgs y autómatas invaden el imaginario contemporáneo tanto filmográfico como legal. Estos seres artificiales, criaturas híbridas o sistemas cibernéticos sofisticados ya no son un ente exclusivo de la fantasía o imaginación de autores y escritores cinematográficos, sino que han salido de los libros y de la pantalla para interactuar con el hombre en el mundo físico gracias a las novedades que nos ofrecen los avances técnicos y científicos resultado de los estudios en ingeniería.

Y es que la automatización está presente desde hace tiempo en el sector industrial donde cada vez más se hace uso de robots en el ámbito de los procesos productivos, en el ensamblaje y la manipulación de materiales, en las cadenas de montaje o en la confección de mercancías. Con gran impacto social se trabaja en el sector médico al permitir efectuar intervenciones de alta precisión y operar en dimensiones muy pequeñas. Precisamente las prótesis biónicas avanzadas, implantadas directamente en el sistema nervioso

central o periférico, se aproximan a la figura simbólica del ciborg, que según el diccionario de la Real Academia española sería aquel ser formado por materia viva y dispositivos electrónicos. Resulta un mecanismo imprescindible para explorar nuevos mundos, para acceder a ambientes extremos e inaccesibles al hombre permitiendo la investigación en planetas del sistema solar o en las profundidades marinas. Hasta la Administración se hace más cercana con la tecnología y el acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos[1].

Aparte de la descrita hay otra tecnología más cercana al ciudadano que lleva tiempo desarrollándose en el hogar: frigoríficos que hacen la compra, relojes con funciones propias de los teléfonos móviles, dispositivos que reconocen la voz y acatan las órdenes para reproducir una lista de música o las condiciones lumínicas o ambientales del hogar, sistemas inteligentes de bloqueo y cierre de puertas que actúan con sensores que recogen datos y, a través del Big data, ofrecen servicios personalizados. Todos estos servicios son posibles en la medida en que accedemos a la red. La red bebe de estos datos que vertemos en ella, por lo que nunca como hasta ahora nuestra privacidad se ve tan comprometida.

En el momento en que la tecnología está en la casa, en que los robots pueden prestar servicios a la persona conviviendo con nosotros y realizando tareas que inciden en nuestra forma de vida, de compañía y asistencia a personas con discapacidad o temporalmente incapacitadas aumentando la atención y el proceso de rehabilitación, es cuando el espacio jurídico que reclaman se ha visto como una preocupación más visible y palpable al no tratarse de un pensamiento futurista encerrado en las paredes de un laboratorio.

La automatización inteligente es la plataforma de lanzamiento para el nuevo crecimiento e innovación en los grandes segmentos de consumo, incluyendo los vehículos[2], sector este donde se espera el mayor desarrollo previsto en sistemas inteligentes. Existen avances en la seguridad y ayuda al conductor dirigidos a evitar problemas en la conducción y accidentes de tráfico[3]. El sector de la automoción recibe grandes inversiones que están permitiendo avanzar en el diseño de coches futuristas a los que bastará indicarle el destino, el software proyectará en el cristal delantero información relevante para el conductor y el copiloto o, al estar conectado al Internet de las cosas, podrá pedir cita en el taller. De los adelantos conseguidos se busca que el coche interactúe con el conductor para ayudarle, para hacerle la vida a bordo más cómoda y segura, evitando los siniestros. Está claro que avanzamos hacia un coche autónomo, por lo que, en cualquier caso, se tendrán que adaptar las normativas en materia de conducción y la legislación en materia de accidentes.

En el campo de las ciencias, de la domótica o de la administración la inteligencia artificial está presente. Muchos sectores son susceptibles de

caer a la automatización, pero en ningún caso se puede automatizar ni los sentimientos ni la responsabilidad sobre decisiones finales.

II. EL ALCANCE DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL MUNDO JURÍDICO

En uno de los trabajos realizados desde la Unión Europea[4] se pone de manifiesto que la inteligencia artificial tiene el potencial suficiente para transformar el modo de vida y las formas de trabajo, aumentar los niveles de eficiencia, ahorro y seguridad, mejorar la calidad de los servicios y generar eficiencia y ahorro, no solo en la producción y el comercio sino también en ámbitos como el transporte, la asistencia sanitaria, las operaciones de salvamento, la educación y la agricultura. Tanto es así que se camina hacia una sociedad desligada de la obligación de trabajo, lo cual ha hecho que, por ejemplo, se hable de los nuevos esclavos electrónicos[5]. La particularidad es que esta nueva tecnología esclava tiene vocación de universalidad y está al alcance de todos. Ayuda a realizar tanto los trabajos más penosos como las labores profesionales de medio y alto nivel, ya que trasciende a las actividades de gestión administrativa, a la medicina, a la cirugía, la enseñanza o a la inversión de capitales.

Es evidente que la inminente presencia generalizada de la robótica en la sociedad, como fue el caso de Internet en su momento, va a alumbrar profundas tensiones sociales, culturales, económicas y, por supuesto, jurídicas. Su análisis jurídico debe partir, en mi opinión y como también sostienen otras voces autorizadas, de la rama jurídica conocida como Derecho de Internet o Ciberderecho, que ya proporciona una base y una experiencia de análisis reflexivo de la relación y adaptación entre tecnología y Derecho. Es decir, es el momento de aprovechar la fundamentación teórica de la que ya disponemos, pues el Derecho de Internet alumbró problemas específicos sobre los que ya existía un debate jurídico relativo a la jurisdicción y ley aplicable, la responsabilidad civil, la propiedad intelectual[6], los ciberdelitos, la libertad de expresión y privacidad, el acceso a Internet como derecho o la propia neutralidad de la Red, entre otros.

Precisamente, dentro de las soluciones jurídicas ya conocidas se encuentra el llamado «Internet de las cosas» que estaría a medio camino entre la consideración genérica de Internet o Derecho de Internet y el llamado por algunos Derecho de los robots. El Internet de las cosas, proveniente de la traducción literal del inglés *Internet of things*, se entiende como una plataforma, infraestructura o arquitectura global de información donde las cosas se comunican entre sí, dialogan, se transmiten información, se coordinan, se reconocen e identifican e interactúan entre ellas y con los ordenadores. Ya

no es solo la conexión entre persona y máquina donde el sujeto controlaba la información que compartía, sino que ahora se refiere a la conexión entre máquinas y el trasvase de información entre unas y otras. Estas plataformas transmiten información sobre las personas y sobre el entorno. Son cosas «inteligentes» conectadas a Internet comunicándose entre ellas. Es decir, hablamos de la conectividad de los aparatos electrónicos de uso cotidiano, tanto en el hogar como en la empresa, y que se les ha incorporado al hardware interno una conexión a Internet, la cual permite la transmisión de datos, entre otras funciones. Por aparatos electrónicos nos referimos a un televisor, refrigerador, impresora, lavadora, etc., pero también a los vehículos de motor, que no dejan hoy en día de ser aparatos electrónicos con sistemas informáticos integrados. Esta rama trae unida una serie de retos en materia de seguridad y privacidad sobre la que se ha investigado mucho existiendo numerosos trabajos, igualmente interesantes para nuestro estudio[7].

No obstante, la robótica posee un conjunto de rasgos estructurales diferentes a los de Internet al combinar, posiblemente por primera vez, la promiscuidad de la información que almacena con la capacidad de causar un daño físico, con lo cual requiere de una consideración especial del fenómeno.

Se puede observar como la tecnología ha pasado por diversas fases, señaladas por SANTOS GONZÁLEZ[8]: una primera en que las personas se conectaban a Internet, posteriormente a través de Internet y ahora estamos en la fase de que son las cosas las que se conectan a Internet para mejorar la vida de las personas. La siguiente fase, que no es tan lejana, va consistir en que las cosas (robots) interactúen con el entorno de manera autónoma e independiente del control humano.

La idea de abrir una reflexión sobre esta materia se basa en cómo puede ser acogida por las categorías jurídicas existentes una realidad «robotizada» donde las máquinas se comunican entre ellas. No es otra la pretensión de estas líneas, sino tan solo la de fijar el punto de partida para trabajos futuros pues, en este campo, los juristas deben atreverse a investigar mucho más.

Ya está sucediendo en otras disciplinas jurídicas como la penal (ciberdelitos), fiscal (régimen tributario), laboral (contratación y empleo) o administrativa (cambios en los procedimientos administrativos). Pero el Derecho civil también está ahí para plantearse estas cuestiones.

Queda mucho por hablar tras la Resolución del Parlamento Europeo sobre robótica de 16 de febrero de 2017, de la llamada inteligencia artificial y de su encaje en el Derecho civil, así como de la responsabilidad civil por los daños indemnizables. Todo, desde prendas tecnológicas o electrodomésticos hasta ciudades inteligentes o infraestructuras públicas, puede aprovechar el potencial de esta tecnología en beneficio de los ciudadanos, las empresas y las administraciones públicas, pero también acarrea amenazas crecientes a la intimidad-privacidad y a la seguridad. Son cuestiones de estudio analizadas

originariamente desde el llamado «Internet de las cosas»[9] y en el que hay que seguir avanzando.

Si queremos abordar la repercusión de la inteligencia artificial en el Derecho civil, debemos partir de un planteamiento de lo que es precisamente esta, la inteligencia artificial, de la implantación de la robótica en nuestros días y de sus expectativas de futuro. El siguiente paso es estudiar la normativa marco, en particular la Resolución del Parlamento Europeo sobre robótica aprobada el 16 de febrero de 2017 y las cuestiones generales que plantea. La nueva regulación debe preservar valores como la autenticidad, seguridad y protección de la raza humana, regular las cuestiones éticas[10] y los conflictos que puedan surgir en las relaciones robot-persona y entre robots. No se trata de regular la tecnología sino de regular la sociedad para que siga siendo para los humanos como ellos decidan[11]. Por último, se han de analizar las distintas vertientes del conocimiento que se relacionan con el Derecho civil. En este sentido las principales cuestiones jurídicas a afrontar entre otras son la responsabilidad, la seguridad, la concepción jurídica de los robots, la propiedad de los datos y la privacidad.

Las cuestiones citadas no muestran un círculo cerrado respecto a la temática civil sino que, ante el desarrollo vertiginoso de la tecnología y la avidez de la condición humana, aparecen continuamente nuevos campos de análisis. Es el caso de la inteligencia artificial aplicada a la mediación, entendida como forma concreta de suplantación de los valores decisorios de un mediador convencional por una solución automática generada mediante un software informático, carente de características personales, que utiliza una serie de cálculos basados en una amplia base de datos de casos de mediación resueltos anteriormente en el terreno físico. No se trata de la inclusión de la tecnología en el procedimiento de mediación, algo ya conocido en la medida en que se busca un «espacio virtual» para la resolución de una disputa dejando de lado la mediación «cara a cara», y que se conoce como «resolución de disputa *on line*»[12]. Lo que se plantea va más allá, es la mediación electrónica mediante inteligencia artificial dirigida a reforzarla cuando la voluntad de las partes no ha querido o no ha podido solucionar el conflicto mediante el procedimiento tradicional. Y es que la inteligencia artificial no tiene fronteras, pero sí límites flanqueados por la ética y el Derecho.

III. NORMATIVA MARCO

La regulación es un aspecto clave para la existencia de una sociedad más segura y pacífica, por ello debe estar adaptada a la realidad donde están surgiendo nuevas situaciones determinadas por las características esenciales

de la tecnología y el uso que las personas hacen de la misma. Disponer del marco jurídico adecuado implica proteger a los consumidores al tiempo que favorece la innovación conduciéndonos, a nivel europeo, a un mercado único digital.

El estudio de estas nuevas tecnologías nos acerca a la llamada «cuarta revolución industrial» impulsada por el desarrollo de los robots y la inteligencia artificial. De hecho, el tema de la regulación de los robots lleva varios años en el punto de mira de las instituciones europeas. Así pues, en octubre de 2013 se planteó una tímida pregunta al Parlamento Europeo sobre los derechos de los robots[13]. Antes, en marzo de 2012, la Comisión Europea habilitó una partida presupuestaria para financiar un proyecto llamado «*Robolaw*» con el objetivo de elaborar un informe detallado con todas las cuestiones éticas y legales que plantean los robots, así como ofrecer orientaciones y principios que pudiesen guiar a los legisladores europeos y nacionales cuando tuviesen que regular esta cuestión. Dicho proyecto concluyó en mayo de 2014[14].

El foco principal de este informe eran las reglas civiles aplicables a los robots y, en especial, las cuestiones relativas a la responsabilidad derivada de sus acciones u omisiones ya que, bajo el régimen jurídico actual, los propios robots no pueden ser considerados sujetos responsables de sus actos u omisiones. De acuerdo con lo previsto en la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, el fabricante es el responsable de los daños ocasionados por los defectos de fabricación de un robot, a condición de que el perjudicado pueda demostrar el daño real, el defecto del producto (funcionamiento incorrecto) y la relación de causa-efecto entre el defecto y el daño.

En el ámbito de la tecnología, la Directiva UE 2014/65, de 15 de mayo, se ocupaba de los sistemas informatizados para la negociación algorítmica de instrumentos financieros que se distinguen por ser un algoritmo informático el que determina automáticamente las órdenes de compra o venta y sus condiciones, con limitada o nula intervención humana. El objeto regulado eran estos sistemas informáticos que se caracterizan por analizar a gran velocidad los datos del mercado, siendo este elemento, la rapidez, una de las claves del sistema ya que la posibilidad de inversión puede perderse o ganarse en microsegundos[15].

En 2015 el comité de asuntos legales (JURI) del Parlamento europeo creó un grupo de trabajo llamado Grupo de Evaluación de las Opciones Científicas y Tecnológicas (STOA) al objeto de servir de apoyo al legislador europeo. Este Grupo ya ha realizado un estudio prospectivo titulado «Aspectos éticos de los Sistemas ciberfísicos»[16].

Desde un principio y gracias a estos trabajos, las instituciones europeas son conscientes de los grandes desafíos que plantean estas nuevas tecno-

logías. Y desde los comienzos centran su atención, principalmente, en la pérdida de intimidad y en la destrucción de puestos de trabajo consecuencia de la creciente automatización de tareas, sin descuidar la posibilidad de que, a largo plazo, la inteligencia artificial llegue a superar la capacidad intelectual humana[17].

La Estrategia global para la política exterior y de seguridad de 2016 de la Unión Europea presentada por Federica MOGHERINI, que vino a sustituir a la coordinada en 2003 por Javier SOLANA, destaca la importancia que reviste para Europa aprovechar sus puntos fuertes a nivel científico e industrial, así como sus empresas emergentes innovadoras, para situarse en una posición de liderazgo en el desarrollo de tecnologías, plataformas y aplicaciones de inteligencia artificial. Igualmente se recoge la necesidad de disponer de «normas mundiales en ámbitos tales como la biotecnología, la inteligencia artificial, la robótica y los aparatos pilotados a distancia, con el fin de evitar riesgos de seguridad y aprovechar sus beneficios económicos. En todos estos ámbitos, la UE pretende promover intercambios de información en los foros multilaterales pertinentes con el fin de encabezar la formulación de normas y crear asociaciones en aquellos ámbitos que se encuentran en los confines de la reglamentación multilateral»[18].

La preocupación de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo por las cuestiones tanto legales como éticas relacionadas con las nuevas tecnologías desembocó en un Proyecto de Informe (ponente Mady DELVAUX) publicado el 31 de mayo de 2016. Este es el primer documento europeo importante sobre la cuestión que vuelve a formular recomendaciones para la elaboración de normas de Derecho civil relacionadas con la robótica, con el fin de asegurar que los robots estén y sigan estando al servicio de los seres humanos[19]. Básicamente se centra en tres cuestiones: por un lado, la propuesta de la Unión Europea parte del principio de responsabilidad objetiva combinado con un sistema de seguro obligatorio a cargo del fabricante para abordar el tema responsabilidad civil por daños causados por robots. Por otra parte, los riesgos evidentes que la robótica puede suponer para la seguridad humana, la intimidad, la integridad, la dignidad, la autonomía y la propiedad de los datos personales deben traducirse, según el proyecto normativo de la Unión Europea, en limitaciones jurídicas y deontológicas, además de un aumento de la fiscalidad y de las cotizaciones a la seguridad social de las empresas que utilicen robots con la posibilidad de introducir una cotización universal para atender el previsible aumento del desempleo[20]. Por último, y suscitando un mayor debate, se plantea la vertebración de la personalidad jurídica de los robots.

Enlazado con el Proyecto de Informe de 31 de mayo de 2016, aparece la Resolución de 16 de febrero de 2017 como documento preparatorio para la elaboración de una propuesta de directiva relativa a las normas de Derecho

civil sobre robótica. Por su propia naturaleza es un documento que deja temas importantes sin tratar y solamente traza las líneas centrales ofreciendo muchas alternativas, pero sin dilucidar cuál debe ser la orientación europea de esa futura directiva. Comienza la resolución planteando la necesidad de crear una definición de robot y de inteligencia artificial que sea flexible y no lastre la innovación. El texto continúa con un tono optimista destacando los avances de la robótica y los avances económicos que reporta para, acto seguido, pasar a tratar de los inconvenientes y peligros de esta nueva tecnología[21].

Las líneas de trabajo marcadas giran en torno a la creación de una Agencia Europea de Robótica e Inteligencia Artificial y de un Registro europeo de los robots inteligentes, y a la elaboración de un código de conducta ético que sirva de base para regular quién será responsable de los impactos jurídicos, sociales, ambientales y de salud humana. Este código deberá recoger la exigencia de que los robots incluyan interruptores para su desconexión en caso de emergencia, permitiendo integrar la seguridad y la privacidad como valores de serie en el diseño de los robots. Aparte de unas reglas mínimas a nivel europeo, que se han venido a llamar «las leyes de la robótica»[22], contar con un código ético permite generar confianza en dichos productos, servicios y herramientas que faciliten, a su vez, el progreso. Los robots y en general los avances tecnológicos generan en el ciudadano común una cierta desconfianza y temor a lo desconocido que se pueden contrarrestar con estas máximas éticas que, junto al desarrollo normativo, propiciarán la necesaria seguridad jurídica. Es más, el proceso de cambio deberá ser regulado de acuerdo con normas basadas en la ética.

Base de todo lo anterior estaría el crear un estatuto de persona electrónica que permitiera estudiar nuevos modelos de empleo[23] y analizar la viabilidad del actual sistema tributario y social. Es un tema de especial sensibilidad la perspectiva laboral con la que se han de afrontar los avances tecnológicos. Se habla de la creación de empleo provocada por estas tecnologías y su posible destrucción consecuencia del mismo efecto. ¿Estarán compensadas ambas partidas de manera que haya una equivalencia entre la pérdida y la generación de puestos de trabajo? Seguro que no. Aunque todos soñamos con un futuro en que los robots nos eximan de ciertas tareas penosas, debemos analizarlo con rigor e imparcialidad. Como alternativa a esta falta de equidistancia se ha recurrido a la renta básica universal, utilizándola de forma sesgada y parcial, quizá por centrarse en uno solo de sus aspectos. Seguramente el error provenga de emplear incorrectamente el término «renta básica universal» al asociarlo a una compensación por la pérdida de empleo sin perspectivas de reemplazo, provocada por la robotización del trabajo. Este hecho, es decir, el plantearlo tal cual, como prestación por la reducción de la oferta laboral, incluye una condición con lo que descarta la renta

básica universal que, por definición, ha de ser incondicional. Este tipo de renta no es una compensación o una indemnización, sino una cantidad que trata de garantizar unas condiciones de vida mínimas a todas las personas por el mero hecho de ser miembros de la sociedad. Condiciones mínimas recogidas en la Carta Social europea[24]. No se trata, como se quiere plantear en muchas ocasiones, de una limosna sino de un derecho, y como tal se ha de garantizar si a este concepto queremos recurrir[25].

El Consejo Europeo celebrado en octubre de 2017 señaló que la Unión Europea necesita concienciarse de la urgencia de hacer frente a las nuevas tendencias, invitando a que la Comisión proponga un planteamiento europeo respecto de la inteligencia artificial[26]. El Parlamento Europeo formuló recomendaciones de amplio alcance sobre normas de Derecho civil referidas a la robótica, y el Comité Económico y Social Europeo también ha emitido un dictamen sobre el tema.

La Unión Europea siempre ha tenido claro que hay que aunar fuerzas para evitar la fragmentación del mercado y no perder el liderazgo en el desarrollo de las nuevas tecnologías. Disponer de un marco jurídico completo permite proteger a los consumidores al tiempo que favorece la innovación. Para conseguirlo, las instituciones europeas utilizan la herramienta a su alcance que les permite llegar a todos los Estados miembros fijando unas directrices. Estas son recogidas en el documento de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 25 de abril de 2018 que marca el camino a seguir a fin de trabajar en la equidad, la seguridad, la protección, la inclusión social y la transparencia de los algoritmos, sin olvidar el impacto en los derechos fundamentales, en particular, a la intimidad, la dignidad, la protección de los consumidores y la lucha contra la discriminación.

La inteligencia artificial y el consumidor es otra pieza clave en esta construcción jurídica que entra igualmente de lleno en las competencias europeas. No es una novedad que se utilice esta tecnología para dirigir, «manipular», al consumidor orientándolo en los perfiles que les interesan a las empresas. No es una estrategia empresarial reciente. La obligada aceptación de las *cookies* para consultar y navegar a través de una página web sirve para recopilar datos, como preferencias o ubicación del usuario, que luego utilizará el servidor. La manera de afrontar estos «microprogramas» denotan la falta de convicción de los legisladores y el poder de las empresas de tecnología. Se debería permitir seguir navegando en la web sin aceptar las *cookies* y, en cualquier caso, separar su aceptación de las políticas de privacidad de la página web.

A partir de esta Comunicación la Unión Europea publicó en diciembre de 2018 la primera edición de su Plan en Inteligencia Artificial para 2019 y 2020, bajo el título *Coordinated Plan on the development and use of Artificial*

Intelligence Made in Europe–2018[27]. Según considera SÁNCHEZ ZAPLANA[28], este Plan está sujeto al marco de financiación actualmente vigente pero con la previsión de que se extienda hasta el año 2027 bajo el nuevo Marco Financiero Plurianual 2021-2027[29]. El Plan Coordinado tiene como objetivo garantizar la complementariedad y las sinergias entre las acciones a nivel nacional y de la Unión Europea para maximizar el impacto y difundir los beneficios de la inteligencia artificial en toda Europa. También proporciona un marco estratégico para su desarrollo a nivel nacional.

En este sentido de implementación por los Estados miembros, España firmó el Acuerdo de Cooperación de la Unión Europea sobre Inteligencia Artificial el 10 de abril de 2018 que nos obligaba a una serie de compromisos de desarrollo. El 4 de marzo de 2019, se publicó el documento base de «Estrategia Española de I+D+I en Inteligencia Artificial»[30].

Si comparamos las actuaciones en inteligencia artificial en otros países con la española[31], se puede considerar que la nuestra es poco ambiciosa (no hay presupuesto asignado) y poco transversal (se deja de lado, por ejemplo, la colaboración científico-público-privada o el tema de las *startups*[32], aspecto fundamental en el futuro desarrollo de una inteligencia artificial ética y transparente). Aunque el texto se centra en analizar la situación actual más que la estrategia de futuro, ciertamente coincide con el resto de países en la importancia de marcar unas líneas maestras para asegurar nuestra capacidad competitiva. Para ello es fundamental la formación de la sociedad del conocimiento y la actuación en dos grandes áreas: sociedad y economía. En concreto se destacan los siguientes campos de actuación: administración, educación, ciudades, salud y economía. Sin embargo, diverge respecto a otros Estados en la dotación económica, muy rezagada en comparación con nuestro vecino, Francia, o con China.

Es imposible abordar el fenómeno digital desde la legislación nacional exclusivamente. Las dimensiones de la realidad que se pretende acotar y la complejidad del conocimiento aplicado obliga a un apoyo desde distintas instancias para que de manera global se puedan frenar los riesgos relacionados con la seguridad humana, la intimidad, la integridad física y psíquica, la dignidad, la autonomía, la autodeterminación del individuo, el consentimiento informado, la no estigmatización y la propiedad de los datos.

Todo hace indicar un horizonte común de trabajo que contará con un ecosistema digital de datos, por lo que es de extrema importancia tomar las medidas necesarias para asegurar la calidad del dato y la protección de los mismos. La privacidad y la prevención del daño son dos facetas que requieren de una adecuada gestión del dato que permita su procesamiento y uso sin vulnerar la intimidad. Los registros digitales del comportamiento humano pueden posibilitar que los sistemas de inteligencia artificial no solo infieran las preferencias más asépticas de las personas, sino también otras

más íntimas como su orientación sexual, edad, género u opiniones políticas y religiosas. Para permitir que los individuos confíen en el proceso de recopilación de datos, es preciso, tal y como señala NÚÑEZ ZORRILLA[33], garantizar que la información recabada sobre ellos no se utilizará para discriminarlos de forma injusta o ilegal. Por ello es tan importante contar con una regulación sobre el almacenaje de estos datos y la transparencia en el tratamiento de los mismos[34] que de momento se va cubriendo con el Reglamento General de Protección de datos de la persona física en lo que respecta a datos personales y a la libre circulación de esos datos 2016/679, de 27 de abril, y el Reglamento sobre Circulación de datos no personales en la Unión Europea 2018/1807, de 14 de noviembre, cuya aplicación será conjunta de ambos reglamentos en la medida en que no se puedan separar los datos que sean personales de los que no[35]. Para el resto de casos en los que sí quepa su distinción, los datos personales gozan de una protección y de una legislación específica, mientras que los datos no personales no estarían sometidos a dicha legislación.

A día de hoy nadie discute la importancia de esta ciencia y su implicación en el desarrollo humano. Su análisis puede afrontarse desde el componente investigador gestado para su avance e inversión en la educación[36] y en la economía, o desde la perspectiva ética de las decisiones que los componentes artificiales adopten y que hagan valorar tanto la posibilidad de generar un daño al ser humano como su estatus dentro del ordenamiento jurídico. En este último aspecto, aunque si bien es cierto que se señalan distintos ámbitos de trabajo, en todos los documentos analizados se mantiene como constante la preocupación por la determinación del sujeto responsable de los daños causados por los robots o la forma en que se ha de instrumentar la responsabilidad. Es por ello que desde el primer momento se relacione jurídicamente a los robots con la responsabilidad civil.

IV. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EL DERECHO CIVIL

1. Concepción jurídica

A) Delimitación terminológica

En este apartado se examinan algunos de los términos que habitualmente se emplean en este campo fuertemente tecnificado y que no son de fácil comprensión para personas no expertas en la materia para, acto seguido, buscar su encaje jurídico dentro de la disciplina iusprivatista.

El término inteligencia artificial, de acuerdo con la Comunicación de 2018[37], se aplica a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteli-

gente al ser capaces de analizar su entorno y pasar a la acción con cierto grado de autonomía para así alcanzar unos objetivos específicos. Estos sistemas pueden consistir en un simple programa informático (por ejemplo, motores de búsqueda o sistemas de reconocimiento facial o de voz) pero también pueden estar incorporados en dispositivos de hardware (como robots o automóviles autónomos).

En este epígrafe dedicado a la delimitación conceptual, resulta interesante tanto saber lo que es la inteligencia artificial como conocer otros conceptos muy significativos en el mundo de la tecnología, me refiero en concreto a «algoritmo» y «Big data». Respecto al primero, los algoritmos, son un conjunto de instrucciones para solucionar un problema. Los mismos han ido haciéndose más complejos con el tiempo, pasando de ser estáticos, en el sentido de que los programadores diseñaban ya en los mismos los criterios para tomar las decisiones, a ser dinámicos, en el sentido de que los algoritmos denominados de «aprendizaje automático» tienen la capacidad de aprender con el tiempo de los datos y experiencias para tomar decisiones por sí mismos, generando sus propias instrucciones que ya no son las iniciales del programador. Por otro lado, en el llamado aprendizaje profundo, los algoritmos extraen patrones de las masas de datos y los resultados que se obtienen no están relacionados de modo lineal sino complejo, por lo que no es sencillo determinar la causalidad entre datos y resolución adoptada, perdiendo el sujeto el control sobre la decisión tomada.

La Directiva 2019/790 del Parlamento europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019, sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital, ofrece un concepto legal de Big data haciendo referencia a «la minería de datos y textos» entendida como toda técnica analítica automatizada destinada a analizar textos y datos en formato digital a fin de generar información que incluye, sin carácter exhaustivo, pautas, tendencias o correlaciones[38]. Es fundamental abordar la analítica de datos desde un enfoque basado en el riesgo y desde la perspectiva de perseguir el bien común, lo que implica conjugar el interés empresarial o estatal con el bien del conjunto de la sociedad, en cuanto que hay que evitar todo riesgo indeseable para esta.

Básicamente estos algoritmos son los responsables tanto de la elaboración de perfiles que evalúan nuestros aspectos personales (rendimiento en el trabajo, situación económica, salud, preferencias o intereses, fiabilidad y en general la situación de un individuo y de su familia) como de la toma de decisiones basadas en esa información. Para la toma automatizada de estas decisiones se debe incidir en la capacidad predictiva de estas tecnologías, aunque ello pueda desembocar en conclusiones no del todo precisas. Por consiguiente, en su empleo hay también otros intereses en juego que los hace muy significativos, a la vez que peligrosos, cuando las valoraciones así adoptadas por estos sistemas informáticos afectan ya no solo a cuestiones

económicas (concesión de un préstamo) o contractuales (*smart contracts*) sino personales al amparar, por ejemplo, una pena más incisiva por la alta probabilidad de criminalidad del sujeto o al denegar un tratamiento médico por las características biológicas que presenta el paciente que no va a responder favorablemente a un tratamiento farmacológico o quirúrgico incrementando el gasto sanitario sin resultados óptimos. Estos derechos fundamentales entrarían en confrontación con los intereses económico-privados de la empresa que construye el sistema de inteligencia artificial y que ha accedido al contrato con la Administración pertinente. El no poder utilizar la información de otras empresas competidoras en el sector, el secreto empresarial o el derecho de propiedad intelectual del software limita las posibilidades de defensa del sujeto analizado.

Aparece así un nuevo sector estratégico de la economía del dato cuyo principal valor financiero para las compañías es la industrialización y comercialización de los datos, de ahí que sea vital e imprescindible garantizar su desarrollo desde la base del respeto a los derechos fundamentales, ya que una adecuada protección legal permitirá, igualmente, optimizar los resultados obtenidos en la selección de datos.

Hay que buscar el equilibrio entre el progreso y la garantía de la protección de los datos de carácter personal de los usuarios finales que en muchas ocasiones estarán en contraposición con los derechos de propiedad intelectual y el derecho de la competencia. En este sentido recobra interés el principio de transparencia y el derecho de información a los afectados recogidos en los artículos 11 de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, de 5 de diciembre de 2018, y 13 y 14 del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, en relación con su artículo 22 que otorga a todo interesado el derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente. La clave se encuentra en una normativa que aporte claridad en alineamiento respetuoso con los derechos fundamentales. Una tecnología respetuosa con los derechos fundamentales desde sus inicios y diseñada para garantizar el respeto continuo a los mismos, es una tecnología de mayor calidad que permite un desarrollo mucho más fiable desde el punto de vista de la seguridad jurídica[39]. El manejo de estos datos supone una invasión continuada de la privacidad del sujeto que vulnera sus derechos dependiendo del destino que se le dé a la información almacenada.

La mayoría de los proyectos de inteligencia artificial en desarrollo se basan en algoritmos destinados a resolver problemas de la vida real y a producir información que puede ser crucial para la ciencia y la sociedad. Pero, además, como se basan en el procesamiento de capas y capas de in-

formación, para que los algoritmos funcionen necesitan ingentes cantidades de datos y es, entonces, cuando aparece el otro concepto relacionado con la inteligencia artificial, esto es, el Big data, entendido como datos masivos caracterizados por su volumen, variedad y velocidad[40].

La acumulación de estos datos y la combinación de los mismos a través de algoritmos permite el desarrollo de ciertas capacidades humanas en las máquinas. Esto es la inteligencia artificial que puede desarrollarse de diferentes formas: a través de sistemas que piensan como humanos automatizando actividades como la toma de decisiones, la resolución de problemas y el aprendizaje; o como sistemas que actúan como humanos realizando tareas de forma similar a como lo hacen las personas. Sería el caso de los robots. Esta tecnología está encaminada a perfeccionar el sistema para que piensen y actúen racionalmente emulando el pensamiento lógico racional de los humanos y su comportamiento.

Está claro que dependiendo de lo que se entienda por robot tendrá una configuración jurídica u otra, lo que, a su vez, puede suponer la aplicación de determinadas normas según el tipo de robot ante el que nos hallemos. En este sentido debemos entender que el concepto tecnológico de robots sería aquel sistema que es capaz de percibir el entorno o contexto en el que se encuentra, que puede procesar la información para planificar una determinada actuación y ejecutarla. Este concepto comprende tanto robots-máquinas como entidades de inteligencia artificial, esto es, desde el aspirador «Roomba» hasta los drones o vehículos completamente autónomos.

Una máquina dirigida por control remoto por una persona, o semiautomática, no puede ser considerada, en sentido propio, como robots. Según NAVAS NAVARRO[41], tres actividades básicas debe realizar un sistema para poder ser considerado como tal: en primer lugar, «percibir», es decir, acumular información sobre el entorno (los algoritmos son los encargados de recopilar toda esa información para establecer un sistema completo, lo suficientemente preciso para que un robot ejecute una tarea); en segundo lugar, «planificar», realizando una selección de comportamientos para, en tercer lugar, «actuar», esto es, ejecutar el plan trazado, para lo cual la máquina cuenta, usualmente, con un sistema electrónico de control frente al tradicional control mecánico o hidráulico.

B) Consideraciones sobre la naturaleza legal de la inteligencia artificial

a) El sentido de una disciplina jurídica autónoma

Delimitado a grandes rasgos el marco conceptual debemos, a continuación, plantearnos la necesidad o no de propugnar una disciplina autónoma

que se ocupe de la inteligencia artificial de forma unitaria y sistemática, y que vendría a llamarse «Derecho de los robots»[42].

Entre las circunstancias que justifican un tratamiento unitario del tema, al menos *prima facie*, se encuentra principalmente una cuestión fáctica, esto es, el hecho de que las múltiples aplicaciones estudiadas pertenecen a un mismo sector de la investigación y de la innovación tecnológica, la robótica, que, aunque se sirve de diversas disciplinas auxiliares para poner en funcionamiento sus productos, presenta características suficientemente específicas y privativas para que se pueda crear una rama propia dentro del Derecho civil. En segundo lugar, se justificaría por la relevancia de esta ciencia en el ámbito socioeconómico puesto que la robótica implica un mercado en expansión, considerado estratégico sobre el plano económico y de gran impacto a nivel social cuyo crecimiento requiere ser controlado mediante una específica intervención regulatoria. Y, en tercer lugar, por su carácter transversal la normativa adoptada no tendría un determinado ámbito objetivo de aplicación ya que afecta a grandes sectores económicos donde inciden tanto normas de Derecho público como privado: agrario, turístico, medioambiental, de movilidad y transporte y, muy especialmente en la medicina, tanto en el ámbito de la prevención como en el del tratamiento, donde los robots quirúrgicos tienen múltiples usos en el sector sanitario y una potencial capacidad de reducir los costes generales de atención sanitaria.

De existir una nueva disciplina para la regulación de los robots abarcaría a distintas ramas jurídicas (civil, mercantil, laboral[43], fiscal, administrativo, penal, procesal…) que enriqueciéndola a través de un estudio íntegro impediría, en contrapartida, ser absorbida dentro de una de ellas al contar cada una con unas características bien definidas a través del tiempo. Para evitar este problema de encaje en una categoría concreta que demoraría, además, su desarrollo, es conveniente dotar de una base general asentada en la normativa civil como Derecho común que es, tomando como referencia la privacidad, los derechos de la personalidad, la propiedad de los datos y el régimen de responsabilidad, para que a partir de ahí se pueda desarrollar dentro de cada disciplina académica en su mayor extensión en atención a su especialización. El Derecho civil contendría el Derecho general en materia de inteligencia artificial, vinculándolo con otras ramas del Derecho especial.

A efectos pedagógicos se le puede dar esa concreción que requiere una designación apriorística que enlace todos los conocimientos con una única disciplina, subsumiendo dentro del término «Derecho de los robots» las consideraciones que sobre esta ciencia puedan realizarse. Es decir, es oportuno contar con una rúbrica que aglutine la materia de estudio y que otorgue coherencia y unidad expositiva dentro de cada disciplina jurídica. Si tomamos como referencia una visión global y compleja sobre el tema, no es conveniente configurarlo como una rama específica e individualizada.

Así, por ejemplo, al atender a la protección civil de los derechos del menor y al desarrollo de su personalidad sería necesario abordar la actuación del menor para el análisis desde la perspectiva de este escenario tecnológico. De esta manera se atiende al Derecho de los robots, pero dentro del Derecho de la persona en lo referente al tema del menor de edad que es cuando se puede dar una visión más compleja y completa sobre la misma. Aunque no predico el Derecho de los robots como una rama jurídica, la protección de los menores ante el manejo de las tecnologías requiere de un tratamiento especial dentro del Derecho de la persona en Derecho civil, no de forma autónoma y separada sino integrada en el Derecho privado general.

Al hilo de esta referencia al menor de edad, hay que considerar que la reforma del 2015 del sistema de protección jurídica del menor hubiese sido el marco jurídico idóneo para tomar conciencia de manera más concreta y efectiva de la insuficiente regulación de estos derechos en el ámbito de su protección civil. Era el momento para superar las previsiones del legislador de 1996, preocupado excesivamente por la vulneración del honor, intimidad e imagen en los medios de comunicación tradicionales[44]. Es fundamental, además de muy urgente, que se establezcan medidas educativas, implementadas desde la infancia, que hagan que los menores crezcan en un «entorno virtual estable», formándolos sobre el uso correcto y adecuado de las nuevas tecnologías, así como sus consecuencias, de las que no son conscientes. Resulta evidente que las nuevas generaciones van a crecer en este entorno, lo que nos obliga a prepararlos para ello. Del mismo modo que se enseña a los niños a cruzar la calle con la mayor seguridad posible, hay que enseñarles a desenvolverse en esta nueva realidad sin que ello impida que se legisle para obligar a dotar de medidas correctoras que protejan a las personas usuarias.

También se deberían endurecer los filtros y controles reales de los servidores y plataformas de servicios y tecnologías de la información a los que acceden los menores, de manera que exista una constatación real de su edad y limitaciones aplicadas según la misma y grado de madurez que se le presupone, exigiendo, al menos, el conocimiento, o incluso el consentimiento de los progenitores para poder acceder a estas redes, facilitar sus datos personales y participar en el contenido de las mismas. A su vez, todo ello requiere que también los padres reciban instrucciones y educación en esta materia, pudiendo tener un control superior sobre ello, o en su caso, se establezcan figuras de control y moderación desde las propias redes o aplicaciones.

En definitiva, el no considerar el Derecho de los robots como una disciplina jurídica autónoma no significa que no se haya de dotar de un marco jurídico que garantice un progreso tecnológico, ni que no se deban abordar las cuestiones de forma organizada, ya que la normativa sobre inteligencia

artificial quedará integrada dentro de nuestro sistema jurídico como un elemento más.

b) El sentido de una categoría legal independiente

De forma general, la dificultad jurídica estriba en que la autonomía de estas máquinas para tomar decisiones aumenta de forma paralela al desarrollo de la inteligencia artificial, lo que plantea la duda, primero, sobre la naturaleza legal de los robots inteligentes y autónomos y, segundo, sobre si estos encajan en las categorías existentes (personas físicas, jurídicas, animales y objetos) o si sería apropiado crear una nueva categoría legal con sus propias características jurídicas. Es importante determinar hasta qué punto los actos de estas máquinas son fruto del programa que usan en origen o del aprendizaje y del uso que de dicho programa haya realizado su dueño o persona encargada de la formación de la máquina en cuestión. Según sea la postura de partida las soluciones irán en una u otra dirección.

Está claro que a mayor autonomía de la máquina la aplicación de la norma quedaría forzada requiriendo de una revisión normativa adaptada a una categoría jurídica diferente a las conocidas hasta la fecha. La nueva generación de robots está dotada de capacidades de adaptación y de autoaprendizaje que entrañan un grado de imprevisibilidad en su comportamiento, ya que pueden aprender de forma autónoma de su propia experiencia variable e interactuar con su entorno de forma única e imprevisible. Son respecto a estos para quienes se busca una solución jurídica.

Según NAVAS NAVARRO[45] se debe trazar una primera distinción, a efectos jurídicos, que diferencie al robot corpóreo del que no lo es. Este segundo se trataría de un algoritmo escrito en código binario, esto es, en lenguaje informático. Por tanto, sería un programa de ordenador cuyo código fuente puede ser abierto o cerrado, al que se le aplicarán las normas reguladoras de los programas de ordenador. Mientras que el robot corpóreo puede tratarse de una máquina con forma humana o no y, además, puede actuar e interactuar con total autonomía e independencia en cuanto a su movilidad o no, ya sea porque no se le ha conferido esa cualidad o porque está integrado o forma parte de otra cosa. Según la misma autora, en su consideración como objeto de una relación jurídica puede configurarse como un bien mueble (art. 335 CC) compuesto, es decir, formado por diferentes partes o piezas, entre las cuales suele hallarse un programa de ordenador o como un bien inmueble por destino (art. 334.5 CC) cuando se trata de brazos industriales o quirúrgicos. Ahora bien, si buscamos una categoría legal donde encajarlos, en el concepto de cosa tampoco encajaría pues el robot no es algo inanimado, carente de acción. Es cierto que en el ámbito

empresarial sí coincide con el concepto de cosa como máquina, pero como dice el informe de la Unión Europea de enero de 2017[46], el reconocer las mejoras en las capacidades autónomas y cognitivas de los robots los convierten en algo más que simples herramientas. Por ello la Unión Europea ha considerado, en determinadas ocasiones, que sería aconsejable la creación de una nueva figura jurídica intermedia entre cosa y persona física entendida como «persona electrónica», mientras que EEUU habla de «persona artificial» y algún autor de la doctrina española de «persona ciber-física»[47]. Ya se designe de una u otra manera supondría la creación de una nueva categoría diferente a las clásicas (persona física y jurídica) que expresaría la singularidad de los robots inteligentes creando *ex proceso* un nuevo marco de derechos subjetivos. No se trataría de una persona física, pues estos son los seres humanos, sino una persona de carácter ficticio susceptible de ejercitar los derechos y adquirir las obligaciones para realizar actividades que ocasionan plena responsabilidad jurídica.

En esta línea de elaborar doctrinalmente otra clasificación de la personalidad conectándola con el concepto de cosa a la que se le atribuiría ciertas cualidades y restringirían sus facultades al atribuirle solo obligaciones ha avanzado NÚÑEZ ZORRILLA[48] en el sentido que a continuación explico y que considero una alternativa más que aceptable para sistemas de inteligencia artificial autónomos y avanzados.

No es otra cosa que configurar una categoría jurídica específica con un fin claramente instrumental dirigida a la consecución de determinadas finalidades que permita atribuir al robot autónomo las responsabilidades sociales consecuencia de sus actos. Este artificio legal, fruto de la conveniencia social al objeto de poder imputar responsabilidades, permitiría, por un lado, aliviar la carga de técnicos, fabricantes o titulares de estas máquinas con autonomía decisoria a quienes no resultaría tan gravoso seguir avanzando en las nuevas tecnologías y, por otro lado, no perjudicar a las posibles víctimas de la actuación independiente de los robots (sobre aquello que escapa de la acción directa de los agentes intervinientes en el proceso de fabricación y puesta en servicio, y que es resultado del aprendizaje autónomo) dotando de un fondo para la reparación económica cuando no sea posible hacerlo de forma específica o *in natura*, compuesto por las aportaciones procedentes de un sistema de imposición directa para los empresarios del sector e indirecta a cargo de los ciudadanos en su conjunto.

Para tener la consideración de persona, el robot necesita de un patrimonio que no tiene. Por ello, con esta propuesta no trata al robot como un ser humano (persona física) sino como una personificación para atribuirle una personalidad jurídica específica. Es, más bien, reconocer una personalidad concreta a una cosa especial. Se consigue así dar salida a la configuración jurídica de estos sistemas más avanzados creando una nueva categoría de

cosa, distinta a la típica o común, otorgándole el *status* de «cosa personificada» cuyo régimen jurídico consistiría en reconocerles la capacidad para ser titulares de obligaciones y no de derechos, salvaguardando así el control humano sobre los mismos y el riesgo que supone este vertiginoso desarrollo tecnológico, en la medida en que el único que tiene derechos sobre la máquina es el propietario, siendo el titular de los derechos adquiridos por medio de las operaciones, negocios o actuaciones llevados a cabo por la máquina[49]. De esta manera se consigue tener una entidad jurídica y un patrimonio responsable. Es decir, se tendría un instrumento jurídico para procurar la protección de los seres humanos asegurando que exista un patrimonio detrás que garantice las actuaciones de este nuevo tipo de agentes autónomos, sin que la existencia de estas mentes artificiales genere un problema jurídico a la hora de resarcir el daño, ya que, si identificamos debidamente este cuerpo mediante un número de serie y llevamos un registro de estos números de serie a cada uno de los cuales está vinculado a su vez un contrato de seguro de responsabilidad civil o un determinado fondo patrimonial, entonces no habría mayor problema para hacer efectiva una posible responsabilidad civil.

Para SANTOS GONZÁLEZ[50], el término persona no es un término adecuado pues el robot es tecnología independiente de la persona y parte de la configuración de la responsabilidad se realiza en torno a la categoría jurídica de cosa. NÚÑEZ ZORRILLA[51], al hilo de lo anteriormente explicado, también se inclina hacia esta consideración de que los robots con rasgos cognitivos y autónomos entren dentro de la categoría de cosa pues tienen entidad, ya sea corporal, natural, artificial, real o abstracta, susceptible de apropiación y de dominación patrimonial o económica por el ser humano; de naturaleza impersonal, y con individualidad propia y existencia unitaria. La titularidad del objeto vendría determinada por la propiedad del robot pues es quien obtiene los beneficios y las ganancias. Aunque para esta última, y avanzando en su razonamiento a través de sus estudios, opta finalmente por atribuirle una nueva categoría como cosa personificada, con sus propios rasgos característicos, que no tendría nada que ver con la persona humana.

Este enfoque es acorde también con las apreciaciones que en otros momentos ha hecho la Unión Europea[52] que, apartándose de lo inicialmente planteado, se opone claramente a la atribución de una personalidad jurídica para los sistemas de inteligencia artificial, defendiendo un enfoque basado totalmente en el control humano, de manera que las máquinas continúen siendo máquinas y los humanos conserven en todo momento el dominio sobre ellas. Es clara la posición oponiéndose a la atribución de cualquier estatuto jurídico para los robots por el riesgo moral que ello conlleva, pese a que en la Resolución del Parlamento europeo de 16 de febrero de 2017 se planteaba en el punto 59 f crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos

más complejos pudieran ser considerados seres electrónicos responsables de reparar los daños que puedan causar y, posiblemente, aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomasen decisiones autónomas inteligentes o interactuasen con terceros de forma independiente.

Originariamente las instituciones europeas pensaron en la posibilidad de atribuir a estos sistemas más avanzados una personalidad jurídica específica creyendo que podría ser beneficioso desplazar la responsabilidad del titular o fabricante al robot, o por lo menos repartirla entre ambos, aunque también el trasfondo de esta concepción personalista está en la previsible entrada en crisis de los sistemas de la Seguridad Social propiciados por el desempleo tecnológico, por lo que la auténtica intención que llevaba a acuñar una nueva categoría no era tanto razones de esencia jurídica sino de carácter económico que llevara a obligar a los robots a tributar en el sistema.

En atención a lo expuesto, no considero que sea, de momento, la opción más acertada la atribución de personalidad pues supondría reconocerles derechos y responsabilidades con el impacto económico, legal, social y ético que ello supone, sin contar con un patrimonio que respalde su constitución y consecuencias de su actuación. La propuesta europea hay que entenderla como lo hace el texto, en el sentido de «explorar», «analizar» posibles soluciones jurídicas, sin buscar maniobras legales para cubrir puntualmente, como sería para el caso de la responsabilidad, un vacío legal. Se trata de ir más allá y con pasos sólidos que atiendan a la auténtica naturaleza del producto considerado y no al resultado querido: otorgar capacidad jurídica para hacerlo responsable de los daños y perjuicios generados. Y esto entendido dentro de lo que es el Derecho que da respuesta a los problemas que surgen, pues como bien he puesto de manifiesto, es una posición sustentada en las coordenadas de tiempo y lugar que son las que marcan la creación del Derecho. No oculto que esta posición mantenida se deba a un cierto temor jurídico a esa personificación de la inteligencia artificial y al consiguiente reconocimiento de derechos que se traduce, de forma paralela, en la llamada del principio de prudencia en la investigación científica en estos sectores.

El jurista atiende a la realidad actual sin perjuicio de que el día de mañana, con mayores garantías, nos lleve a crear una ficción legal para reconocer a los robots personalidad electrónica, similar a como ocurrió con la persona jurídica. Uno de los motivos fundamentales que justifican la existencia de personas jurídicas es el dotarlas de su propio patrimonio afecto a responsabilidad por las consecuencias de sus actividades frente a terceras personas con las que interactúan. De lo que se trata con la personificación es de buscar un responsable, un patrimonio contra el que dirigirse, en determinadas relaciones en que podría ser difícil encontrar un patrimonio garante. Sería una nueva categoría vinculada a una persona física o jurídica que aportaría el elemento patrimonial, directa o indirectamente, del que carece el robot.

Para llegar a ello, hay que partir de una regulación básica, prudente y contencionista que permita un avance seguro. Es en el punto en el que nos encontramos.

Si hubiese que dar un paso hacia adelante para contemplar de forma específica a los robots más autónomos, entonces avanzaríamos en el sentido más arriba señalado de crear una categoría jurídica, con unos rasgos y características específicas definidas y configuradas por el ordenamiento jurídico, que ampliara su estatuto de cosa hacia la personificación jurídica del fenómeno, pero, eso sí, diferenciado del de persona física. De esta forma, al no equipararlos, seguiría sometido al control del hombre. Sería una respuesta evolucionada del concepto de persona, tal y como sucedió en su momento con la persona jurídica, que contaría con un patrimonio creado al efecto.

Por supuesto que son lógicas las vacilaciones sobre la naturaleza legal de los robots pues se trata de un camino plagado de dudas. Las opiniones de los autores son confusas y contradictorias pues se trata de visualizar el futuro tecnológico y el desarrollo de la inteligencia artificial que plantea robots como sistemas ciber-físicos con autonomía en la toma de decisiones basándose en elementos aprendidos sin supervisión. Es cierto que, ante esta situación, autonomía y voluntad están tan cercanas que la construcción de una personalidad jurídica específica para los robots inteligentes más complejos se volvería no solo conveniente sino justificada. Esto último supondría hablar de unas normas civiles para afrontar la asunción y atribución de responsabilidades, la posibilidad de celebración de contratos, el reconocimiento de capacidad y personalidad, así como el derecho de propiedad, en sus distintas manifestaciones.

En cualquier caso, y siguiendo las apreciaciones de NÚÑEZ ZORRILLA[53], un robot no puede ser calificado nunca como persona por la sencilla razón de que no es un ente completamente libre e independiente. Siempre va a pertenecer a personas físicas o jurídicas, que son las que en última instancia van a permitir o decidir que siga funcionando o que cese en su empleo. El carecer de intuición y sentimientos es un elemento clave que determina la imposibilidad de configurar una máquina como persona, pues su forma de entender y actuar viene determinada de modo diferente.

Los robots tienen una función instrumental al quedar al servicio de la sociedad, ayudan y complementan la labor humana, por lo que no pueden tener conciencia y personalidad. Si a la máquina inteligente se la atribuye personalidad se le estaría dotando de individualidad, de identidad pudiendo suplantar al sujeto.

Además, teniendo presentes los graves riesgos que la robótica puede suponer para la seguridad humana, la intimidad, la integridad, la dignidad, la libertad y la propiedad de los datos personales, no puede ser beneficioso en ningún caso para la humanidad elevar a la categoría de persona a un sistema inteligente que tanto daño puede ocasionarnos. Por consiguiente, este recono-

cimiento de personalidad no resulta compatible ni con los principios éticos que han de regir en esta Ciencia (aprender y tomar decisiones peligrosas sin ningún control humano) ni con las posibilidades patrimoniales que los robots tendrían para hacer frente a las indemnizaciones, pues aún no resultan convincentes los seguros obligatorios (que limiten la cuantía de la responsabilidad o provoquen un incremento desmedido de las reclamaciones) ni los fondos de compensación de cantidades de dinero para el pago de los daños que causen (habría que determinar las características y aportaciones a estos fondos).

Quizás el tema de la responsabilidad sea el que deba abordarse de manera más inmediata ya que viene suscitando este debate personalista. Los sistemas inteligentes aumentan la probabilidad de los supuestos de daños o perjuicios causados por acciones u omisiones de los mismos y al que hay que dar respuesta. La falta de seguridad jurídica a este respecto puede ser contraproducente para el propio desarrollo de la tecnología y del mercado de la robótica. Es, por tanto, muy importante fijar unos parámetros de actuación en cuanto a límites, condiciones y responsabilidades.

2. Responsabilidad civil

Al ocuparnos de la inteligencia artificial desde la perspectiva civil es paso obligado atender a la responsabilidad civil, pues lo que une a este tipo de máquinas es que presentan cierto grado de autonomía en su funcionamiento, de impredecibilidad, por lo que también cuentan con la capacidad de causar daño físico.

Una cuestión esencial en robótica es determinar la atribución o la distribución de la responsabilidad entre los humanos y los robots u otras máquinas inteligentes cuando causen daños a terceros. Cuanto más aumenta su autonomía, la responsabilidad se diluye en los múltiples actores que participan con el robot: el programador, el fabricante, el operador, el comprador, el propietario, el usuario del robot, etc. Por todo esto es necesario «dar un repaso» a las normas tradicionales de responsabilidad civil cuya respuesta no es satisfactoria íntegramente a la hora de acometer la múltiple casuística de responsabilidad jurídica por los daños ocasionados por productos inteligentes.

A) Líneas de pensamiento en materia de los daños generados por el empleo de la inteligencia artificial

La evolución y los cambios sociales traen consigo nuevas formas de vulneración de los derechos, surgiendo, como bien señala NÚÑEZ ZORRI-

LLA[54] nuevos tipos de daños y nuevos derechos que proteger. Es trabajo del legislador crear nuevas herramientas para defender a las personas de estas nuevas intromisiones externas para que permita su desarrollo sin menoscabar sus derechos fundamentales.

Ha pasado mucho tiempo desde que Isaac ASIMOV definiera en 1942 las tres leyes de la robótica: 1) Un robot no hará daño a un ser humano o, por inacción, permitir que un ser humano sufra daño; 2) Un robot debe cumplir las órdenes dadas por los seres humanos, a excepción de aquellas que entren en conflicto con la primera ley, y 3) Un robot debe proteger su propia existencia en la medida en que esta protección no entre en conflicto con la primera o con la segunda ley. En definitiva, es lo que siempre se ha entendido cuando se ha afirmado que el poder de la inteligencia artificial debe estar al servicio del progreso humano.

Las formulaciones que se han barajado para articular el tema de la responsabilidad civil se han recogido por RAMÓN FERNÁNDEZ[55], tomando como base las disertaciones de PALMERINI[56], y que se concretan de forma esquematizada en:

a) La teoría de la inmunidad selectiva de los fabricantes para el caso de actuaciones dañosas no evitables con la debida diligencia, una vez diseñado el producto e informado al consumidor.
b) Teoría de la personalidad jurídica donde los robots serían responsables directos de los daños a terceros. Se tendría que crear un registro de identificación de este tipo de máquinas, junto con un fondo de responsabilidad por las obligaciones.
c) Teoría del incremento de la responsabilidad del propietario del robot. Se articularía dentro de la responsabilidad objetiva del propietario con un límite máximo de resarcimiento.

El marco jurídico actual a tener en cuenta está conformado por las reglas de responsabilidad civil extracontractual del Código civil (arts. 1902 y ss.) y por la legislación especial en materia de responsabilidad por la fabricación de determinados productos.

Robots y máquinas inteligentes pueden quedar comprendidos en la definición de «producto» que el artículo 136 TRLGDCU[57] establece de la siguiente manera: «se considera producto cualquier bien mueble, aun cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad». El concepto de producto ha ido evolucionando desde su formulación para así ampliarlo y aglutinar un mayor número de supuestos: puede abarcar desde la sangre, una prótesis dental o un programa cuando se incorpora a un ordenador, por ejemplo. Por tanto, aun siendo el software un bien inmaterial puede entenderse como producto al incorporarse en la

estructura física del robot. Esta respuesta habría que replanteársela cuando en el futuro el robot sea plenamente autónomo. En la medida en que son productos cada vez más sofisticados, el «estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación» del robot adquiere una relevancia especial a efectos de alegarla como causa de exoneración (art. 140.1 letra e TRLGDCU). Por ello que no sea descabellado aconsejar un nuevo apartado en la normativa que incluya expresamente a los robots como producto.

La configuración jurídica del robot, desde las categorías generales de los bienes, cobra todo su sentido si se piensa en las normas de responsabilidad aplicables en caso de daños a terceros permitiendo diferenciar la responsabilidad del fabricante del robot, de la responsabilidad del poseedor del robot.

En relación con la primera, podría incluirse al robot-máquina en la categoría de «producto» haciendo responder al fabricante por los defectos que este presente. Ahora bien, también se debería incluir en estos casos al operador del sistema por lo que sería necesaria su delimitación conceptual. El defecto de fabricación se da cuando el producto no se corresponde con el proyecto, el modelo o el diseño que se pensó fabricar, o en la información facilitada para su instalación, uso o mantenimiento. Todos estos tipos de defectos pueden aplicarse a los robots sin que ello ocasione especiales problemas si se aplica el criterio de imputación objetiva, tal y como sucede con la responsabilidad civil por actividades empresariales en sectores de riesgo o la responsabilidad por productos defectuosos. Por el contrario, es más complejo aplicar la responsabilidad del fabricante cuando hay que distinguir entre la actividad de un robot que procede directamente de lo que el programador introduce de aquello de lo que es posteriormente capaz de realizar por sí mismo. En cualquier caso, habría que valorar que este desarrollo posterior está relacionado con el aprendizaje inicial y la actividad humana que lo facilitó.

Para aclarar la conducta y el comportamiento de la máquina inteligente serviría el utilizar una «caja negra» que registrase todas las actuaciones y los sucesos que han ocurrido a su alrededor, permitiendo la trazabilidad y explicación de su comportamiento[58]. Esto permitiría averiguar si se trató de un defecto de diseño, programación o construcción, en cuyo caso la responsabilidad sería del fabricante, o bien de un daño que parte de la autonomía decisoria del robot, excluyendo entonces a aquel para hacerlo recaer en un nuevo concepto de personalización del robot o en un fondo de garantía.

Respecto de la segunda, responsabilidad del poseedor del robot, no queda claro en qué supuesto de responsabilidad civil podría encajar la responsabilidad derivada de los daños a terceros ocasionados por un robot utilizado por el dueño-adquirente. Tal vez una opción sería regular la responsabilidad civil por la tenencia de bienes potencialmente peligrosos, de

modo general, mediante la modificación del Código civil. Y ya se opte por responsabilidad subjetiva (con posible presunción *iuris tantum* de falta de diligencia como en los supuestos recogidos en el artículo 1903 CC) como por responsabilidad objetiva (como los supuestos de los arts. 1905 y 1908 CC), debe imponerse la contratación de un seguro obligatorio con una cobertura mínima por los daños que ocasione el robot.

Con esta opción, que agrava la responsabilidad por la tenencia de bienes potencialmente peligrosos, cuando el robot produce un daño al único sujeto al que puede imputársele la responsabilidad como sujeto en principio culpable, no es al robot, sino a la persona que tiene su titularidad. Esta será siempre el verdadero sujeto imputable, al que el dañado deberá dirigir su acción, lo que no excluye la posibilidad de que el agraviado (víctima) pueda reclamar del agente material del daño (robot) un contenido concreto de la reparación, si ello es lo que más le satisface, resarciendo el daño con algún tipo de actividad o prestación de hacer concreta.

En coherencia con la postura mantenida en el apartado anterior, no comparto la opinión sugerida por algún sector de que se impute la responsabilidad a la propia máquina para así acabar respondiendo de los daños frente a terceros su poseedor y/o propietario. Es decir, en este caso los daños provocados por el robot se encauzarían por la responsabilidad civil por hecho ajeno. Si operamos de esta forma se estaría asimilando la máquina a un menor (art. 1903 CC), esto es, al ser humano o, cuanto menos, se le estaría atribuyendo personalidad lo que, hoy por hoy, no ha lugar. Considero que no cabe estructurarla como una responsabilidad por hecho ajeno. Ni teóricamente se puede argumentar ni a efectos prácticos cambiaría mucho la situación narrada, pues la presunción de culpa de quien ostenta el deber de vigilancia y la inserción jurisprudencial de un claro matiz objetivo en la responsabilidad de los progenitores por actos de sus hijos ha hecho que este tipo de responsabilidad obedezca a criterios de riesgo más que de culpabilidad, por lo que seguiríamos tratando con el tema del riesgo y la responsabilidad objetiva.

Hablar de responsabilidad del robot precisa de un reconocimiento previo de su personalidad jurídica, a lo que hemos concluido anteriormente que, de momento, no es viable. Si se avanzara en la figura de cosa personificada como nueva categoría jurídica y se constituyera un fondo patrimonial a través del seguro obligatorio y del sistema impositivo, se podrían asumir aquellos daños procedentes de actuaciones independientes y autónomas pues se estaría dotando al robot de entidad legal y patrimonial.

Las máquinas carecen de espíritu y de valores morales por lo que no se le puede imputar ningún tipo de culpabilidad. Entonces, la culpa debe ser asumida por alguien o, en su versión objetivada, por fabricantes, operadores, propietarios o usuarios. En tal sentido, ante la producción de un evento da-

ñoso a un tercero, la responsabilidad objetiva devendrá primeramente para el dueño del robot. Sin embargo, una vez resuelto este primer elemento, se realizará la depuración de responsabilidades en función de las razones que operen tras el actuar dañoso[59].

Ahora bien, en el supuesto de que un robot pueda tomar decisiones autónomas, lo cierto es que las normas tradicionales no bastarán para generar responsabilidad jurídica por los daños ocasionados por el robot, ya que no permitirán determinar la parte de la indemnización de la que ha de hacerse cargo cada sujeto interviniente, ni exigir a dicha parte que repare el daño ocasionado[60], a no ser que se crea una ficción legal de «cosa personificada» para estos casos, tal y como se ha mantenido más arriba y lo ha expresado NÚÑEZ ZORRILLA[61].

Es preciso establecer quiénes son los responsables cuando como consecuencia de la utilización de estas tecnologías y dispositivos se produce un daño, es decir, a quién podríamos demandar. En respuesta a esta cuestión debemos señalar a los profesionales que controlan y supervisan el robot, al fabricante, a los programadores de la inteligencia artificial o a la empresa propietaria. Ello nos lleva a precisar que la responsabilidad civil debería individualizarse mejor, delimitándose la que corresponde a cada uno. Esta individualización o personalización procesal de a quién demandar, quién asume su defensa y de, en su caso, quién responde debe ir dirigida a quien tenga registrada la máquina de inteligencia artificial, pues siempre es necesaria una persona física o jurídica detrás del robot respaldando su actuación.

En cualquier caso, la naturaleza de esta responsabilidad debe basarse en un criterio de imputación plenamente objetivo, sin que quepa presumirse la existencia de culpa en el robot sino en el riesgo desproporcionado que despliegan este tipo de máquinas.

En este punto hay que destacar la monografía de DÍAZ ALABART[62] quien acertadamente sigue en esta línea al considerar que para estos casos habría que partir, uno, del sistema de responsabilidad objetiva que «exige probar que se ha producido un daño o perjuicio y el establecimiento de un nexo causal entre el funcionamiento perjudicial del robot y los daños o perjuicios causados a la persona que los haya sufrido»[63], y, dos, del sistema de gestión de riesgos que «no se centra en la persona que actuó de manera negligente como personalmente responsable sino en la persona que es capaz, en determinadas circunstancias, de minimizar los riesgos y gestionar el impacto negativo»[64]. Estos riesgos a los que se refiere la autora son los creados por la rápida evolución de la tecnología que puedan generar consecuencias no previstas inicialmente. Es decir, este término, gestión del riesgo, se refiere a las posibles consecuencias indeseadas derivadas del uso de la tecnología cuya aparición no pueden determinarse a priori. Para ello se han de planificar las contingencias, evaluar los riesgos potenciales para

seleccionar aquellos que tengan mayor impacto negativo y mayor probabilidad de que lleguen a producirse. En un apartado sobre responsabilidad civil como este aplicado a sistemas cognitivos y autónomos es obligado el estudio de este término técnico-económico que se basa más que en el interés de las posibles víctimas, que pueden verse beneficiadas indirectamente, en el interés de las propias empresas relacionadas con la tecnología.

La tecnología puede modificarse sustancialmente durante su desarrollo y, por tanto, pueden existir consecuencias no previstas inicialmente que alteren el desenvolvimiento del producto. La gestión de riesgos persigue la identificación y control de aquellos eventos que tienen la capacidad de provocar un cambio no deseado. El simple conocimiento de los riesgos de una actividad ya supone una ventaja al facilitar un estado de alerta sobre los mismos que disminuye sus consecuencias indeseables en caso de producirse.

B) Criterios para una regulación en materia de responsabilidad civil

A la vista de lo expuesto, aunque solo se han trazado líneas de pensamiento, considero que actualmente hay herramientas jurídicas suficientes para responder de forma ordenada a la problemática que sobre responsabilidad civil más urge, si bien dicha normativa adolece de falta de desarrollo siendo necesarias unas normas específicas complementarias más avanzadas y adaptadas a la lógica evolución de la inteligencia artificial para así regular aquellos daños cuya causa no pueda atribuirse a un agente humano concreto. En este sentido se considera que el marco ofrecido por la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, no sirve para cubrir los daños ocasionados por la nueva generación de robots, ya que parte de un daño producido por un robot que tiene su origen en una negligencia humana (el defecto de fabricación) que debe probarse[65].

En otros términos, el problema de la actual normativa sobre responsabilidad del fabricante por productos defectuosos es que solo contempla los casos en los que es posible atribuir la acción u omisión del robot a la negligencia de un agente humano concreto. Esto nos lleva a considerar que la normativa reguladora de la responsabilidad del fabricante por productos defectuosos tiene sentido en este concreto ámbito, pero en la medida en que esta tecnología se desarrolle, generando la creación de robots más inteligentes y autónomos, esta normativa específica sería inadecuada al no compartir el mismo fundamento de atribuir la responsabilidad al fabricante del robot. La *quaestio iuris* se presenta sobre aquellos sistemas autodidactas que continúan el aprendizaje después de entrar en servicio, aquellos cuyo grado de complejidad y autonomía les lleva a adoptar un comportamiento no del todo previsible, caracterizándose dichos robots por las notas de

interactividad, autonomía y adaptabilidad[66]. Dentro de estos, nos podemos encontrar con los denominados automóviles autónomos, los robots quirúrgicos y asistenciales, los drones, o cualquier tipo de inteligencia artificial capaz de crear una obra original[67].

Entonces habría que plantearse la elaboración de una normativa nueva y distinta en la que servirían de gran ayuda los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, más avanzados y actualizados al estar presente y tener cabida esta nueva realidad industrial. El Derecho tiene que dar respuesta adecuada ante las situaciones planteadas, por ello que para preparar este camino sea tan importante el debate científico.

Los mínimos que debe reunir esa futura regulación serían:

— Un seguro obligatorio para fabricantes o propietarios de estos sistemas inteligentes por los posibles daños y perjuicios causados por sus robots.
— Un fondo de compensación que garantice la reparación de los daños o perjuicios causados por un robot ante la ausencia de un seguro[68].
— Un registro específico e individual para cada robot con los datos de fabricación y del seguro.
— Seguir en el enfoque de la responsabilidad objetiva relacionándola con la gestión de riesgos
— Determinar quién asume la responsabilidad. En nuestro sistema actual la asume una persona (fabricante, dueño o usuario). Al carecer de personalidad y no contar con un patrimonio individual, el robot no podrá ser responsable directo del daño provocado y ello aunque cuente con autonomía para ser capaz de realizar una tarea a través del aprendizaje.

Tal y como se refleja en estas líneas de actuación legal, gran parte de la preocupación se centra en buscar un capital responsable del daño generado por un objeto autónomo que carece de él. Descargar la indemnización del daño de la víctima sobre la contratación de un seguro o la existencia de un fondo de compensación da lugar al problema ya conocido de la socialización del riesgo, contrariedad que sería superable, a juicio de GÓMEZ-RIESCO[69], en la medida en que el sistema queda equilibrado al garantizar el resarcimiento de los daños que puedan sufrir cualesquiera víctimas por la acción de los robots y al fomentar el desarrollo de la tecnología, ya que el resarcimiento del daño no será una barrera ni un motivo disuasorio para fabricantes e investigadores que podrán seguir avanzando en el desarrollo de los robots.

Los interrogantes que se abren con estas nuevas tecnologías son múltiples. Pensemos, por ejemplo, en el momento en que se pongan en circulación

en el mercado los vehículos inteligentes que trasladan personas de un lugar a otro sin ninguna intervención humana, de forma totalmente autónoma, y ante la eventualidad de que causen daños a terceros. La regulación jurídica del vehículo autónomo es muy fragmentaria y notoriamente insuficiente para lo cercana que se divisa esta realidad (vehículos ya en pruebas y con un plazo previsto de cinco o diez años para su comercialización). En este sentido la Unión Europea es la mejor situada para desarrollar un marco adecuado que aborde las amenazas y los riesgos transnacionales asociados a la evolución tecnológica, y una buena regulación es imprescindible para lograr la previsibilidad y salvaguardar la seguridad jurídica. En cualquier caso, en España tenemos que citar la Proposición no de Ley de 21 de septiembre de 2017 presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados sobre el impulso y desarrollo del vehículo autónomo y el Real Decreto 662/2012, de 13 de abril, por el que se establece el marco para la implantación de los sistemas inteligentes de transporte (SIT) en el sector del transporte por carretera y para las interfaces con otros modos de transporte, resultado de la trasposición de la Directiva 2010/40/UE.

Sobre esta materia surgen varias cuestiones jurídicas, aunque la más inmediata se refiere al tema de quién debe ser considerado responsable de los daños causados por los vehículos autónomos. La respuesta a esta pregunta tiene un impacto trascendental en la comercialización y el uso de los coches autónomos y, por lo tanto, su esclarecimiento es urgente. Los constructores del vehículo o los fabricantes del software son algunos de los sujetos a los que señalar como posibles demandados solventes. Según la Directiva 85/374/CEE, el productor será responsable de los daños causados por un defecto en su producto, estableciendo un régimen de responsabilidad por riesgo, objetiva o sin culpa, mediante el cual el perjudicado habría de probar tan solo el daño producido, el defecto del producto y el nexo de causalidad entre ambos. Ahora bien, tenemos que tener en cuenta que la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos data de 1985[70], un periodo en el que el software no se utilizaba tan ampliamente y no era tan importante como hoy en día. También los plazos de garantía y caducidad para interponer una reclamación contra el fabricante son incompatibles con la figura del coche autónomo, por definición permanentemente conectado con sistemas de transporte inteligentes y que recibe actualizaciones periódicas de su software y firmware. Todo hace indicar que la responsabilidad en asuntos relacionados con el tráfico tomará como referencia las formas de responsabilidad objetiva o de gestión de riesgos, y de forma paralela se desarrollarán nuevos modelos de aseguramiento, todo en consonancia con lo más arriba señalado sobre la responsabilidad civil de los robots.

Los vehículos autónomos son un tipo de robots y una de las grandes aplicaciones del «Internet de las Cosas». Incluso muchos de los problemas

jurídicos que plantean presentan semejanzas con los que suscitan los drones, otro campo también por explorar. Y es que no dejan de plantearse aspectos interesantes que pueden también referirse a otros supuestos de robots corpóreos como pueden ser los drones, robots mascotas (robots personales como el conocido «Atlas») o a máquinas inteligentes, cada vez más sofisticadas, como las impresoras 3D y 4D cuando estas son adquiridas por particulares sin intención, al menos en el momento de su adquisición, de dedicarlas a su ámbito profesional, industrial o empresarial, sino para su uso o consumo privado.

También existen deficiencias normativas a corregir en el ámbito contractual y sus efectos en la responsabilidad, ya que estas máquinas están perfectamente capacitadas para elegir a sus contrapartes, negociar cláusulas y celebrar contratos, lo que pone de relieve lo que venimos afirmando: que se puede dar una respuesta puntual atendido a nuestro sistema de fuentes, pero es necesario adoptar normas actualizadas, acordes con los avances tecnológicos. En la era de «el Internet de las cosas» y la inteligencia artificial emerge en el ámbito de la contratación civil una nueva categoría, la de los *smart contracts,* también llamados «contratos inteligentes», que constituyen, desde el punto de vista tecnológico, un protocolo de códigos informáticos escrito en lenguaje máquina que permite a un dispositivo ejecutar de forma automatizada las secuencias previamente programadas, prescindiendo de cualquier tipo de intervención humana. En cualquier caso, su naturaleza es controvertida y abre un gran debate pues la decisión que se toma de manera automatizada va a afectar significativamente al interesado. Estamos hablando de que se va a ejecutar de manera automática un contrato con la consecuente pérdida de derechos, en su caso.

En este ámbito, si la prestación asumida por el robot es una obligación de medios, la parte que ha sufrido el incumplimiento debe demostrar este para poder probar asimismo el daño, pero la demostración del incumplimiento no equivale en ningún momento a la demostración de la culpa en el robot[71]. Si es de resultado, la no ejecución del mismo revela de por sí el incumplimiento.

Para la creación de una futura normativa es esencial que haya una labor de investigación conjunta entre científicos y juristas, ya que todo lo referente a la robótica y la inteligencia artificial es un sector fuertemente tecnificado y los conceptos que se manejan no resultan sencillos. Es complejo regular ahora situaciones que aún no se han producido, por lo que habrá que proceder conforme los problemas se vayan evidenciando al hilo del desarrollo tecnológico. No obstante, sí considero oportuno insistir en la necesidad de que exista una regulación sobre robótica y, en particular, una normativa que recoja todo lo referente a la responsabilidad civil. Es cierto que el Derecho siempre va más lento que la sociedad, pero esta afirmación no puede ampa-

rar la pasividad doctrinal puesto que los tiempos en la inteligencia artificial, cuyo desarrollo es exponencial, no son los mismos que los marcados para la medición de cualquier otro suceso de alcance social. Las investigaciones en Derecho combinadas con estudios multidisciplinares pueden definir el marco en el que se desenvolverá una nueva realidad, incluso antes de que esta llegue, sin que ello sea óbice para que ciertas cosas, o casos, haya que esperar a que se produzcan para regularlos. De ahí la importancia de definir correctamente el marco jurídico con la amplitud y flexibilidad necesaria.

Muchas de las cuestiones aquí tratadas no dejan sino de provocar asombro y extrañeza porque son observadas desde las posturas tradicionales de la teoría general del Derecho civil. No podemos analizarla bajo el mismo paradigma, sino que tenemos que ir más allá, abrir nuestra mente, lo cual me trae a la memoria la frase de Albert EINSTEIN que afirmaba que «la mente es como un paracaídas, solo funciona si la tenemos abierta». No podemos abordar los retos del futuro desde (usando) la mentalidad del pasado.

V. CONCLUSIONES

I. La premisa de la que parte este trabajo es del debate necesario sobre un tema tan complejo como apasionante derivado de los nuevos softwares cada vez más inteligentes, de las cantidades ingentes de información circulando por la red, de los sistemas con capacidad de aprender de la experiencia y de tomar decisiones independientes, y de los robots con arquitectura análoga a la humana. El hecho de que se requiera y sea obligado el planteamiento de cuestiones jurídicas y éticas se debe a una realidad que presenta la nueva tecnología en inteligencia artificial con aptitudes de adaptación y de autoaprendizaje, que entrañan un grado de imprevisibilidad en su comportamiento al aprender de forma autónoma de su propia experiencia variable, y de interactuar con su entorno de forma única y autónoma.

Las máquinas inteligentes pueden tanto generar un daño en el sujeto como ser capaces de influir en las decisiones humanas a través del análisis de grandes cantidades de datos. Vivimos en la era del dato y del algoritmo. El Derecho no puede pasar de puntillas sobre estas nuevas formas de tecnología, está obligado a elaborar una regulación avanzada que pueda impulsar el desenvolvimiento de la robótica y asegurarle un desarrollo sostenible y congruente con los valores propios del ordenamiento jurídico, todo ello sin renunciar a la autonomía del ser humano que ha de imponerse a los sistemas automatizados inteligentes en la toma de decisiones. Es objetivo común a las distintas instancias internacionales y nacionales el elaborar, en un futuro próximo, un nuevo régimen jurídico específico para la inteligencia

artificial aplicada a la robótica, por ello que sea imprescindible su estudio analítico desde la perspectiva legal.

II. En una primera etapa de integración en el ordenamiento jurídico no considero necesario su delimitación como rama específica de un Derecho de los robots, si bien es necesario identificarlo bajo una rúbrica que permita su estudio integral en cada disciplina jurídica.

III. La atribución de personalidad jurídica a los robots se ha planteado para imputarle la responsabilidad ante la posible generación de daños a los particulares o para configurar una provisión de fondos públicos ante el más que probable desempleo que provocará en las muy cercanas generaciones. Crear una nueva categoría jurídica de individualidad para estas máquinas dotadas de inteligencia y autonomía implica mucho más, es otorgarles un estatuto de derechos y obligaciones que colocaría al mismo nivel de la persona física o jurídica, cuando la función de estas máquinas inteligentes es la instrumental de servicio a la sociedad y no de sustitución del hombre. La máquina no es un humano, carece de libertad, de voluntad, de sentimientos e intuición. Nunca actuará de forma intencionada. Aunque estos sistemas inteligentes tengan capacidad para tomar decisiones autónomas basadas en su propio aprendizaje, hasta imprevisibles para sus propios creadores, no se le puede atribuir la noción de dolo o culpa en la comisión de los actos dañosos.

No obstante lo dicho, hay que entender que la consolidación de un sistema autónomo de inteligencia artificial que recaiga sobre una categoría jurídica elaborada al efecto permitiría desahogar la responsabilidad de los fabricantes, incentivando la producción y puesta en servicio de estos sistemas. Se trata de dar un giro al tema en cuanto que no se configura como persona (electrónica) sino como cosa personificada, sin tener el mismo estatus que las personas físicas sino con unos requisitos formales de constitución, y unas características y condiciones propias que lo convertirían en centro de imputación de obligaciones y no de derechos. En este sentido hay que avanzar.

IV. Con la legislación actual, la imputación de responsabilidad a la máquina o robot no es posible, ya que siempre es una persona quien asume la responsabilidad, sea el fabricante, dueño o usuario. Se propone, en este sentido, seguir el sistema de responsabilidad objetiva con la existencia del daño y no basarlo en la culpa como sucede en la responsabilidad subjetiva. Si se optara por el sistema de culpa nos encontraríamos ante una *probatio diabolica*, por lo que la responsabilidad objetiva, daño y responsabilidad con independencia de la intención, será el más idóneo para obtener el resarcimiento. En la medida de lo posible se aplicaría la legislación de consumidores y usuarios, a la que se uniría la necesaria contratación de un seguro y un fondo para garantizar la reparación de daños en los casos de ausencia de cobertura del seguro.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ANGUIANO JIMÉNEZ, J. M. (2018). Retos jurídicos ante la transformación digital. *Diario La Ley*, núm. 9011, 1-4.

APARICIO CHOFRÉ, L. / QUÍLEZ MORENO, J. M. (2017). Robots e inteligencia artificial: ¿Debería exigirse algún tipo de cotización? *Diario la Ley*, núm. 5 (14 de marzo), 1-13.

ARCARONS, J. / RAVENTÓS, D. / TORRENS, L. (2017). *Renta básica incondicional. Una propuesta de financiación racional y justa*. Barcelona: Ediciones del Serbal.

BARRIO ANDRÉS, M. (2018). El Internet de las cosas. Madrid: Reus.

BUENO DE MATA, F. (2015). Mediación electrónica e inteligencia artificial. *Actualidad Civil*, núm. 1 (enero), 1-11.

DÍAZ ALABART, S. (2018). *Robots y responsabilidad civil*. Madrid: Reus.

DURÁN I ESCRIBA, X. (2019). *El imperio de los datos*. Valencia: Universidad de Valencia.

ERCILLA GARCÍA, J. (2018). *Normas de Derecho civil y robótica. Robots inteligentes, personalidad jurídica, responsabilidad civil y regulación.* Pamplona: Thomson Reuters. Aranzadi.

— (2018). Aproximación a una persona jurídica específica para los robots. *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías,* núm. 47, 1-28.

GARCÍA SEGURA, L.A. (2018). Retos jurídicos de los vehículos conectados en la era del Internet de las cosas. *Actualidad Civil*, núm. 12, 1-29.

GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, J. (2018). Los robots y la responsabilidad civil extracontractual. En M. Barrio Andrés (dir.). *Derecho de los robots*. Madrid: Wolters Kluwer, 107-130.

GONZÁLEZ GRANADO, J. (2017). Inteligencia Artificial: del mito a la realidad. *El notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 74. [En línea] Disponible en http://www.elnotario.es/423-hemeroteca/revistas/revista-74/7765-inteligencia-artificial-del-mito-a-la-realidad

— (2018). Roboética ¿Puede una máquina ser un agente moral? (2.º). *Taller de Derechos*, 19 de julio. [En línea] https://tallerdederechos.com/roboetica-puede-una-maquina-ser-un-agente-moral-2o/

HERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M. (2019). *Protección de datos personales*. Tirant lo Blanch. Valencia.

LACRUZ MANTECÓN, M. L. (2019). Cibernética y Derecho europeo: ¿una inteligencia robótica? *Diario La Ley*, núm. 9376 (marzo), 1-17.

LLEDÓ YAGÜE, F. / MONJE BALMASEDA, O. (2018). Retos de nuestro tiempo: la criónica en seres humanos. El debate de la persona electrónica y la revolución robótica. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 13 (julio-diciembre), 19-25.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (2019). *Protección de datos de carácter personal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

NAVARRO, M. (2016). El Internet de las cosas, una realidad palpable. [En línea], disponible en: https://revistabyte.es/tema-de-portada-byte-ti/internet-de-las-cosas-una-realidad-palpable/

NAVAS NAVARRO, S. (2016). Smart robots y otras máquinas inteligentes en nuestra vida cotidiana. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 20, 82-109.

NÚÑEZ ZORRILLA, M. C. (2018). Los nuevos retos de la Unión Europea en la regulación de la responsabilidad civil por los daños causados por la inteligencia artificial. *Revista española de Derecho europeo*, núm. 66, 1-38.

— (2019). *Inteligencia artificial y responsabilidad civil*. Madrid: Reus.

— (2019). Menor de edad e inteligencia artificial avanzada. Nuevos desafíos jurídicos. *Actualidad Civil,* núm. 12 (diciembre), 1-21.

PALMERINI, E. (2017). Robótica y derecho: sugerencias, confluencias, evoluciones en el marco de una investigación europea. *Revista de Derecho Privado*, núm. 32. [En línea] Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662017000100053

PLAZA PENADÉS, J. (2019). Protección y cuestiones legales de la inteligencia artificial. *Curso de especialización en know-how, propiedad intelectual e industrial en el mercado único digital*. Formación e-learning. Pamplona: Aranzadi.

PONDE SOLÉ, J. (2019). Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico. La administración al día. [En línea], disponible en: http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1509505#nota9

RAMIÓ MATAS, C. (2019). Inteligencia artificial y robotización reclaman un nuevo modelo de gestión del empleo público. *Consultor de los Ayuntamientos*, núm. V (noviembre), 1-17.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F. (2019). Robótica, inteligencia artificial y seguridad: ¿Cómo encajar la responsabilidad civil? *Diario La Ley*, núm. 9365 (25 de febrero), 1-17.

ROGEL VIDE, C. (2018). Robots y personas. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 79-90.

ROGEL VIDE, C./ LACRUZ MANTECÓN, M. L. / MOZO SEOANE, A. / DÍAZ ALABART, S. (2018). *Los robots y el Derecho*. Madrid: Reus.

ROMEO CASABONA, C. M. (2018). Riesgo, procedimientos actuariales basados en inteligencia artificial y medidas de seguridad. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 13 (julio-diciembre), 39-55.

SÁNCHEZ DEL CAMPO REDONET, A. (2017). Europa quiere regular a los robots. *Diario La Ley*, núm. 4 (febrero), 1-12.

SÁNCHEZ ZAPLANA, A. (2019). Breve introducción a la inteligencia artificial para todos los públicos. *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 10 (octubre), 80.

SANTOS GONZÁLEZ, M. J. (2017). Regulación legal de la robótica y de la inteligencia artificial: retos de futuro. *Revista Jurídica de la Universidad de León,* núm. 4, 25-50.

SOLAR CAYÓN, J. I. (2018). La codificación predictiva: inteligencia artificial en la averiguación procesal de los hechos relevantes. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Alcalá*, 75-105.

NOTAS

[1] RAMIÓ MATAS, resume los ámbitos donde los robots pueden tener mayor impacto en la Administración pública en los siguientes: a) tramitación burocrática o gestión administrativa de expedientes; b) mantenimiento y limpieza de equipamientos y espacios públicos; c) prestadores de servicios citando, en este caso, un abanico muy amplio que englobaría a la sanidad, la seguridad y la educación; d) asistentes personales de directivos públicos; e) asesoría técnica y f) gestor de redes organizativas [«Inteligencia artificial y robotización reclaman un nuevo modelo de gestión del empleo público». *Consultor de los Ayuntamientos*, núm. V (noviembre), 10 y 11].

[2] V. entre otros el estudio de GARCÍA SEGURA, L.A. (2018), Retos jurídicos de los vehículos conectados en la era del Internet de las cosas. *Actualidad Civil,* núm. 12, 8 y sigs.

[3] A modo de ejemplo, sirva la siguiente relación: sistema de aparcamiento asistido, control de velocidad adaptado a las distancias de seguridad, llamadas de emergencia, sistema de frenado automático para evitar la colisión, sistema de control de ángulo muerto, reconocimiento de señales, iluminación adaptativa, asistente de mantenimiento en carril, etc.

[4] Informe con recomendaciones a la Comisión de normas de Derecho civil sobre robótica. [En línea] Disponible en http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-582443_EN.pdf?redirect

[5] Término empleado por LACRUZ MANTECÓN, M. L. (2019). Cibernética y Derecho europeo: ¿una inteligencia robótica? *Diario La Ley*, núm. 9376 (marzo), 2.

[6] En este campo destacan cuestiones como la «originalidad» cuando el «autor» es un sistema de inteligencia artificial, debatiendo quién debe ser el titular de las facultades de explotación económica de la obra de este modo producida o creada.

[7] Cfr. NAVARRO, M. (2016). El Internet de las cosas, una realidad palpable. [En línea] Disponible en: https://www.revistabyte.es/tema-de-portada-byte-ti/internet-de-las-cosas-una-realidad-palpable/; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (2019) *Protección de datos de carácter personal*. Valencia: Tirant lo Blanch; HERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M. (2019) *Protección de datos personales*. Valencia: Tirant lo Blanch; DURÁN I ESCRIBA, X. (2019) *El imperio de los datos*. Valencia: Universidad de Valencia; ANGUIANO JIMÉNEZ, J. M. (2018). Retos jurídicos ante la transformación digital. *Diario La Ley*, núm. 9011, 1 y 2.

[8] (2017). Regulación legal de la robótica y de la inteligencia artificial: retos de futuro. Revista Jurídica de la Universidad de León, núm. 4, 27.

[9] BARRIO ANDRÉS, M. (2018). El Internet de las cosas. Madrid: Reus.

[10] Normas y directrices dirigidos a los diseñadores, fabricantes y operadores de robots para que las actuaciones de estos sistemas reflejen los valores señalados a nivel europeo, con la finalidad de conformar una robótica avanzada que sirva a la humanidad con el máximo beneficio.

[11] SANTOS GONZÁLEZ, M. J. (2017). Regulación legal de la robótica y de la inteligencia artificial: retos de futuro. *Revista Jurídica de la Universidad de León,* núm. 4, 28.

[12] V. en este ámbito el estudio de BUENO DE MATA, F. (2015). Mediación electrónica e inteligencia artificial. *Actualidad Civil*, núm. 1 (enero), 2 y 5.

[13] [En línea] Ver la consulta en http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2013-011289+0+DOC+XML+V0//EN

[14] Sobre algunas cuestiones de este proceso v. SÁNCHEZ DEL CAMPO REDONET, A. (2017). Europa quiere regular a los robots. Diario La Ley, núm. 4 (febrero), 1.

[15] GONZÁLEZ GRANADO, J. (2017). Inteligencia Artificial: del mito a la realidad. *El notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 74. [En línea] Disponible en http://www.elnotario.es/423-hemeroteca/revistas/revista-74/7765-inteligencia-artificial-del-mito-a-la-realidad

[16] [En línea] Texto disponible en http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/563501/EPRS_STU%282016%29563501_EN.pdf

[17] Considerandos K, O y Q de la Propuesta de resolución del Parlamento europeo de 27 de enero de 2017.

[18] Documento titulado «Una visión común, una visión conjunta: una Europa más fuerte». [En línea] Texto disponible en http://eeas.europa.eu/archives/docs/top_stories/pdf/eugs_es_.pdf, 34.

[19] Es lo que en palabras de DÍAZ ALABART (2018) entiende que ha de recaer dentro del ámbito ético al manifestar «la necesidad general de que la robótica se oriente siempre a complementar las capacidades humanas y no a sustituirlas, y que las personas tengan en todo momento el control sobre las máquinas» (*Robots y responsabilidad civil*. Madrid: Reus, 51 y 52). Esto es así y tiene especial importancia en robots asistenciales, pero es indudable que es cuestión de tiempo que los robots realicen ciertas tareas de forma totalmente autónoma.

[20] Principio núm. 23 del Proyecto de Informe. Para hacer efectivo este punto, las empresas deben comunicar el número de robots inteligentes que utilizan. Es la empresa la que liquida esta aportación por tener este tipo de máquina, pero no es el robot quien paga impuestos ni ingresa las cotizaciones de la Seguridad Social, como en algún momento se planteó (V. el trabajo de APARICIO CHOFRÉ, L. / QUÍLEZ MORENO, J. M. (2017) Robots e inteligencia artificial: ¿Debería exigirse algún tipo de cotización? *Diario la Ley*, núm. 5 (14 de marzo), 3-5 y 7.

[21] V. el análisis de ROGEL VIDE, C. / LACRUZ MANTECÓN, M. L. / MOZO SEOANE, A. / DÍAZ ALABART, S. (2018). *Los robots y el Derecho*. Madrid: Reus, 26-33 y ROGEL VIDE, C. (2018). Robots y personas. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, núm. 1, 80 y sigs.

[22] Se señalan las siguientes: 1. Los robots deberán tener un interruptor de emergencia. 2. Los robots no podrán hacer daño a los seres humanos. 3. No podrán generarse relaciones emocionales con los robots. 4. Los que sean más grandes deberán tener un seguro obligatorio. 5. Derechos y obligaciones para los robots. 6. Tendrán la obligación de pagar impuestos. Sobre estas consideraciones mínimas se han recogido otras como: a) supervisión humana; b) robustez y seguridad; c) privacidad y control de datos; d) transparencia; e) diversidad, no discriminación y equidad; f) bienestar social y ambiental, y g) responsabilidad [esta última relación recogida por PLAZA PENADÉS, J. (2019) «Protección y cuestiones legales de la inteligencia artificial». Curso de especialización en know-how, propiedad intelectual e industrial en el mercado único digital. Formación e-learning. Pamplona: Aranzadi].

[23] Se considera que aprovechando el envejecimiento actual de las plantillas es el momento para adaptarse a los nuevos paradigmas tecnológicos que conllevaría una modificación en el sistema de selección de personal y flexibilización de las plantillas para que fuesen posibles los trasvases de personal de un sector profesional a otro. [RAMIÓ MATAS, C. (2019)]. Inteligencia artificial y robotización reclaman un nuevo modelo de gestión del empleo público. *Consultor de los Ayuntamientos*, núm. V (noviembre), 8 y 9.

[24] España ratificó el 6 de mayo de 1980 la primera versión de la Carta Social europea de 18 de octubre de 1961 elaborada en Turín. La nueva versión de Estrasburgo revisada el 3 de mayo de 1996 aún no ha sido ratificada por España al necesitar adaptar algunos aspectos de la legislación española. Se entiende que debido a la peculiar situación parlamentaria este acto legislativo se está demorando, aunque el procedimiento para ello se inició el 15 de febrero de 2019 (Boletín Oficial de las Cortes Generales, núm. 267).

[25] Sobre el tema ARCARONS, J. / RAVENTÓS, D. / TORRENS, L. (2017). *Renta básica incondicional. Una propuesta de financiación racional y justa*. Barcelona: Ediciones del Serbal.

[26] Las conclusiones adoptadas por el Consejo Europeo se recogen en el siguiente enlace: [En línea] http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14-2017-INIT/es/pdf, 5.

[27] [En línea] Texto disponible en: https://ec.europa.eu/knowledge4policy/publication/coordinated-plan-artificial-intelligence-com2018-795-final_en

[28] (2019) Breve introducción a la inteligencia artificial para todos los públicos. *El Consultor de los Ayuntamientos,* núm. 10 (octubre), 80.

[29] La propuesta de la Unión Europea de inversión pública y privada alcanzaría un total de 20 mil millones de euros en el periodo 2018-2020 y un incremento progresivo de 20 mil millones anuales hasta 2027.

[30] [En línea] Texto disponible en: http://www.ciencia.gob.es/stfls/MICINN/Ciencia/Ficheros/Estrategia_Inteligencia_Artificial_IDI.pdf

[31] Por ejemplo, estas estrategias europeas han llevado a que en Portugal se lance una herramienta de asistencia legal que realiza investigaciones sobre las solicitudes realizadas y aprender de ellas. En el futuro, podría usarse para predecir la probabilidad de éxito de un proceso judicial. Asimismo, en Francia, los Tribunales de Apelaciones de Rennes y Douai probaron el software de justicia predictiva en varios casos de apelaciones en 2017. Existe un estudio sobre este tema de la codificación predictiva y su aplicación en las jurisdicciones del *common law* realizado por SOLAR CAYÓN, quien destaca lo valiosa que resulta esta herramienta para la preparación de litigios complejos, ya que emplea una tecnología de búsqueda, revisión e identificación de la documentación relevante en relación a determinado propósito, ahorrando tiempo en la toma de decisiones ((2018) «La codificación predictiva: inteligencia artificial en la averiguación procesal de los hechos relevantes». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Alcalá,* 101). No obstante, en la aplicación de estos sistemas predictivos para determinar la criminalidad y el posible comportamiento futuro del delincuente procesado penalmente hay que ser cauteloso manteniendo la autonomía del sujeto, en este caso del juez, para tomar sus decisiones y que esta serie de algoritmos y probabilidades sean una herramienta complementaria junto a los informes periciales de los expertos (v. ROMEO CASABONA, C.M. (2018). Riesgo, procedimientos actuariales basados en inteligencia artificial y medidas de seguridad. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 13 (julio-diciembre), 48-55.

[32] Se trata de una estructura empresarial de temprana creación que presenta grandes posibilidades de crecimiento al tener como base la innovación y el uso de las tecnologías digitales, aspecto que les hace encontrar una rápida financiación. Las caracteriza su capacidad para crecer y generar ingresos al incrementar su producción y ventas sin necesidad de aumentar sus gastos, y su conexión con la innovación apoyada en las nuevas tecnologías. Parten de una idea rompedora que pretende simplificar una labor compleja (facilita los procesos de comercialización o de prestación de servicios) utilizando para ello las TIC's (tecnologías de la información y de la comunicación) y el mundo de Internet. Ejemplos de este tipo de empresas son las basadas en la creación de plataformas que ayudan a la búsqueda de pisos compartidos, de compra y distribución de productos a familias de emigrantes, de investigación y desarrollo de productos relacionados con la biometría de la voz, de estudios de marketing dirigidos a controlar el comportamiento de los precios, de redes de transporte que conectan pasajeros con conductores, etc.

[33] (2019). Menor de edad e inteligencia artificial avanzada. Nuevos desafíos jurídicos. *Actualidad Civil*, núm. 12 (diciembre), 9.

[34] Esta transparencia implica que los cálculos y pasos que realiza la máquina para llegar a la formulación de una decisión se puedan consultar y ser comprensibles para los humanos.

[35] Muchos de los datos personales obtenidos conforme a la normativa nacional y europea pueden convertirse en datos no personales mediante técnicas seguras de anonimización e ingresar en los conjuntos del Big data de datos no personales.

[36] La Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica, estima que la alfabetización digital es uno de los factores más importantes para el futuro desarrollo de la inteligencia artificial, e insta a la Comisión y a los Estados miembros a que desarrollen y apliquen estrategias de formación y reciclaje en materia de capacidades digitales [En línea] https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0081_ES.html?redirect. Está

claro que es necesaria una educación específica para la adquisición y el desarrollo de estas nuevas tecnologías de forma generalizada, sobre todo desde la infancia, por lo que será necesario la adaptación de los planes de estudio y la aparición de nuevos itinerarios de aprendizaje porque es la manera que tenemos para asegurar la adaptación a la nueva tecnología, la correcta interacción entre humano y máquina, así como confiar en que el ser humano será capaz de preservar su autonomía. En este sentido avanza el artículo 83 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales dirigido al contenido ético del aprendizaje.

[37] Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. Bruselas 25.4.2018 COM (2018). [En línea] https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/ES/COM-2018-237-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF

[38] Artículo 2.2 de la Directiva de 17 de abril de 2019 de Derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital.

[39] Aseveración recogida por PLAZA PENADÉS, J. (2019). Protección y cuestiones legales de la inteligencia artificial…, *ob. cit.*

[40] Son ilustrativos y sistemáticos los términos descritos por PONCE SOLÉ sobre la automatización, aunque aplicados, eso sí, a la Administración ([2019] «Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico». *La administración al día*). [En línea] Disponible en: http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1509505#nota9).

[41] (2016). Smart robots y otras máquinas inteligentes en nuestra vida cotidiana. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 20, 88.

[42] Hay quien va más allá y plantea un *Corpus iuris robótico* debido a la dimensión social de estos entes no humanos. En este sentido, v. ERCILLA GARCÍA, J. (2018) *Normas de Derecho civil y robótica. Robots inteligentes, personalidad jurídica, responsabilidad civil y regulación*. Pamplona: Aranzadi.

[43] Esta disciplina viene estudiando el impacto social de la sustitución de seres humanos por robots y sistemas de inteligencia artificial, mostrándose como una vertiente jurídica más avanzada en los estudios por las implicaciones que tiene en el mundo laboral, pues esta tecnología lleva tiempo utilizándose en la producción.

[44] Marca su preocupación por este colectivo NÚÑEZ ZORRILLA (2019). Menor de edad e inteligencia artificial avanzada…, *ob. cit.,* 5 y 10.

[45] (2016). Smart robots y otras máquinas inteligentes en nuestra vida cotidiana. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 20, 91.

[46] [En línea] https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_ES.html

[47] Así lo hace ERCILLA GARCÍA, J. (2018). Aproximación a una persona jurídica específica para los robots. *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, núm. 47, 8.

[48] (2019). *Inteligencia artificial y responsabilidad civil*. Madrid: Reus, 56 y sigs.

[49] (2019). *Inteligencia artificial*…, *ob. cit.,* 56, 58, y 62 a 63.

[50] (2017). Regulación legal de la robótica y de la inteligencia artificial: retos de futuro. *Revista Jurídica de la Universidad de León*, núm. 4, 43.

[51] (2018). Los nuevos retos de la Unión Europea en la regulación de la responsabilidad civil por los daños causados por la inteligencia artificia. *Revista española de Derecho europeo*, núm. 66, 14.

[52] Apartado 1.12 de las conclusiones y recomendaciones del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad» (Diario Oficial de la Unión Europea de 31 de agosto de 2017. [En Línea] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016IE5369&from=ES

[53] (2018). Los nuevos retos de la Unión…, *ob. cit.* 9-10.

[54] (2019). *Inteligencia artificial… ob. cit.,* 9.

[55] (2019). Robótica, inteligencia artificial y seguridad: ¿Cómo encajar la responsabilidad civil? *Diario La Ley*, núm. 9365 (25 de febrero), 4.

[56] (2017). Robótica y derecho: sugerencias, confluencias, evoluciones en el marco de una investigación europea. *Revista de Derecho Privado,* núm. 32. [En línea], disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662017000100053

[57] Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

[58] NÚÑEZ ZORRILLA, M. C. (2019) *Inteligencia*…, *ob. cit.,* 67.

[59] V. ERCILLA GARCÍA, J. (2018) *Normas de Derecho civil y robótica. Robots inteligentes, personalidad jurídica, responsabilidad civil y regulación*. Pamplona: Thomson Reuters. Aranzadi, 86-87.

[60] LLEDÓ YAGÜE, F. / MONJE BALMASEDA, O. (2018). Retos de nuestro tiempo: la criónica en seres humanos. El debate de la persona electrónica y la revolución robótica. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad,* núm. 13 (julio-diciembre), 22.

[61] (2019) *Inteligencia*…, *ob. cit.,* 64.

[62] (2018) *Robots y responsabilidad civil*… *ob. cit.,* 66-70.

[63] Recomendación 54 de la Resolución del Parlamento europeo de 16 de febrero de 2018 sobre normas de Derechos Civil sobre robótica.

[64] Recomendación 55 del texto citado en la nota anterior.

[65] En el caso de España, se debe atender a lo indicado en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, modificado por Ley 3/2014, de 27 de marzo, y Ley 4/2018, de 11 de junio.

[66] GONZÁLEZ GRANADO, J. (2018). Roboética ¿Puede una máquina ser un agente moral? (2.º). *Taller de Derechos*, 19 de julio. [En línea] https://tallerdederechos.com/roboetica-puede-una-maquina-ser-un-agente-moral-2o/. También en este sentido, Silvia DÍAZ afirma que «la capacidad de aprendizaje de las máquinas o aprendizaje automático es un tema crucial para la responsabilidad de los robots» (2018) *Robots y responsabilidad civil*…, *ob. cit.,* 19.

[67] Como señala RAMÓN FERNÁNDEZ (2019), esta cuestión no se contempla en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, modificado por Real Decreto-ley 12/2007, de 3 de julio, y Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril (Robótica, inteligencia artificial…, *ob. cit.,* 8).

[68] Este fondo de compensación se podría formar por contribución de los fabricantes o propietarios por medio de un sistema de imposición directa o indirecta, como carga tributaria añadida al precio de adquisición del bien. Habría que contar con una serie de aportaciones para poder servir de mecanismo indemnizatorio para las víctimas (GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, J. (2018). Los robots y la responsabilidad civil extracontractual. En M. Barrio Andrés (dir.). *Derecho de los robots.* Madrid: Wolters Kluwer, 115 y 116.

[69] (2018). Los robots y la responsabilidad…, *ob. cit.,* 118.

[70] Modificada por Directiva 1999/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 1999.

[71] NÚÑEZ ZORRILLA, M. C. (2019) *Inteligencia*…, *ob. cit.* 67 y 68.

(Trabajo recibido el 2-3-2020 y aceptado para su publicación el 18-5-2020)

La cautela *socini:* revisión crítica de su concepción actual

The socini caution: critical review of its current conception

por

MARÍA TERESA ECHEVARRÍA DE RADA

Catedrática de Derecho civil

Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN: La aplicación de la cautela *socini*, cuando el testador haya prohibido la intervención judicial en su herencia, dependerá del carácter justificado o no de la impugnación promovida por los legitimarios. Las actuaciones de estos dirigidas a combatir el ámbito dispositivo y distributivo del testador incurrirán en la prohibición y darán lugar a la aplicación de la sanción prevista en la cautela *socini*, siempre y cuando la voluntad testamentaria respete la legalidad. El causante no puede eludir por esta vía el cumplimiento de normas de carácter imperativo, de forma que las prohibiciones de litigar cuando los legitimarios impugnen actos realizados en perjuicio de sus legítimas, constituyen limitaciones ilícitas que no deben admitirse, al tratarse de contenidos impugnatorios amparados en el incumplimiento de la ley.

Por otra parte, la cautela *socini* es un mecanismo previsto por el causante para incentivar la aceptación por los legitimarios de gravámenes afectantes a la legítima. Por tanto, en contra del criterio mantenido recientemente por el Tribunal Supremo, en ausencia de legitimarios, si el testador realiza determinadas atribuciones patrimoniales a herederos voluntarios que se hacen depender de la aceptación de ciertas limitaciones, no podría hablarse de una auténtica cautela *socini*, al no existir legítimas que defender.

ABSTRACT: The application of the socini caution, when the testator has prohibited judicial intervention in his inheritance, will depend on the justified or unjustified nature of the contestation promoted by the legitimate successors. The actions of the legitimate succesors directed to combat the disposal and distributive scope of the testator incur that prohibition, giving rise to the application of the sanction foreseen in the Socini caution, as long as the testator's will respects the legality. The causer cannot avoid this way the fulfillment of imperative rules, so that the prohibitions to litigate, when the legitimate successors challenge acts performed to the detriment of their legitimes, are illegal limitations that should not be admitted, since they are contestations based on the breach of law.

On the other hand, socini caution is a mechanism established by the testator to encourage the legitimate successors' acceptance of the charges affecting their legitimes. Therefore, contrary to the criterion recently maintained by the Supreme Court, in the absence of legitimate successors, if the testator makes attributions to voluntary heirs depending on the acceptance of certain limitations, it is not possible to speak about a genuine Socini measure of caution, because there are not legitimes to be defended.

PALABRAS CLAVE: Intangibilidad de la legítima. Cautela *socini*. Usufructo universal del cónyuge viudo.

KEY WORDS: Intangibility of legitime. Socini caution. Universal usufruct of the widowed spouse.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA CAUTELA *SOCINI*: CONCEPTO.—III. REQUISITOS DE LA CAUTELA *SOCINI*.—IV. VALIDEZ DE LA CAUTELA *SOCINI*.—V. PROHIBICIÓN DE SOLICITAR LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LA HERENCIA: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA PROHIBICIÓN DE SOLICITAR LA INTERVENCIÓN JUDICIAL.—VI. CAUTELA *SOCINI*, MENORES Y PERSONAS CON CAPACIDAD MODIFICADA JUDICIALMENTE: NECESIDAD DE INTERVENCIÓN DEL DEFENSOR JUDICIAL.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En nuestro derecho, el testador no goza de libertad absoluta para disponer de sus bienes por vía testamentaria, sino que ha de respetar los

derechos de los legitimarios en caso de que los tenga, como se deduce del artículo 806 del Código civil.

A su vez, conforme al artículo 813 del Código civil, el testador no podrá privar a los legitimarios de la porción que les corresponda, sino en los supuestos expresamente determinados por la ley, «ni tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados».

Una de las notas que caracterizan a la legítima es su intangibilidad, que se manifiesta tanto en el aspecto cuantitativo como en el cualitativo[1]. El legitimario tiene derecho a que se le asigne una determinada cuantía en bienes de la herencia, o una cuota del valor de la herencia, según se configure la legítima como *pars bonorum*, o como *pars valoris* (intangibilidad cuantitativa) y, a su vez, a que se le atribuya la legítima libre de cargas y gravámenes (intangibilidad cualitativa)[2]. El legitimario goza de protección contra las lesiones de tipo cuantitativo y cualitativo, como se infiere de los artículos 815, 817 y 813 del Código civil.

Sin embargo, las legítimas y su intangibilidad operan como normas imperativas asimétricas que impiden al causante su vulneración efectiva, pero no imponen a los beneficiarios la obligación de obtener lo que por legítima les corresponda, sino que cada legitimario tiene la posibilidad de disponer de su legitima, conformándose con recibir menos, nada o diferente de lo que la ley le reserva[3].

En nuestro caso, nos centraremos en el análisis de la intangibilidad cualitativa de la legítima, puesto que la validez de la cautela *socini* se encuentra estrechamente a ella vinculada[4], intangibilidad que se consagra en el artículo 813.2 del Código civil[5] al impedir la imposición de gravámenes sobre la legítima, expresión que ha de entenderse en sentido amplio, comprensiva de las prohibiciones o imposiciones del testador restrictivas del pleno disfrute y disposición de lo asignado en concepto de legítima, y de la interposición de obstáculos que impidan al legitimario averiguar qué bienes componen el caudal hereditario[6].

Lo cierto es que la cautela *socini* carece de regulación en el Código civil[7], a pesar de que el Tribunal Supremo se refiera en alguna ocasión al marco legal de su configuración[8], ausencia que, en alguna ocasión, se ha justificado en la dificultad legislativa que conllevaría establecer un fuerte sistema de legítimas para desembocar finalmente en la admisibilidad de cláusulas que, en conclusión, «reducen en términos prácticos el sistema legitimario a agua de borrajas»[9].

Por otra parte, en cuanto a la alusión que realiza el artículo 813.2 del Código civil al usufructo vidual como excepción a la intangibilidad cualitativa de la legítima, se refiere, según la doctrina mayoritaria, únicamente al

usufructo legal del cónyuge supérstite regulado en los artículos 834 a 840 del Código civil, y no al usufructo universal vidual dispuesto por el testador[10]. En algún caso, aun manteniéndose que la excepción relativa al usufructo del viudo contenida en el artículo 813.2 del Código civil se refiere a la cuota usufructuaría legal, se critica la redacción del precepto, puesto que si este alude a lo que no puede hacer el testador, tal salvedad es improcedente, y debía haberse referido a los supuestos en que el testador tiene libertad para imponer los gravámenes sobre la legítima[11].

Desde otra perspectiva, se mantiene que, como regla general, el artículo 813 del Código civil prohíbe gravar las legítimas al testador y, por tanto, al introducir una excepción a esa regla, se refiere a gravámenes de igual tipo y origen que los prohibidos y no al usufructo legal, que es impuesto por el legislador. Sería un contrasentido establecer una prohibición que afecta al testador y, a continuación, una excepción que no se refiera a él, sino a un gravamen de origen legal. Además, se añade, el artículo 813 del Código civil solo se refiere a la legítima estricta y no a la mejora, como se deduce de su primer apartado, puesto que no se puede considerar desheredado a quien se le priva de la mejora, tercio que admite gravámenes a favor de descendientes (arts. 824 y 782 CC). Por tanto, si el artículo 813 del Código civil se refiere solo a la legítima estricta, su apartado segundo no puede referirse a un usufructo que no recae sobre ella[12]. De hecho, en la actualidad, el artículo 813.2 del Código civil contempla otra excepción a la regla general prohibitiva al remitirse al artículo 808, que actualmente admite la posibilidad que tiene el testador de gravar precisamente la legítima estricta mediante sustitución fideicomisaria en caso de descendientes con capacidad modificada judicialmente. Se trata de un excepción de naturaleza voluntaria, naturaleza que, por las razones expuestas, entendemos predicable de la primera salvedad mencionada en el artículo 813.2 del Código civil.

En apoyo de esta segunda interpretación, procede traer a colación la RDGRN de 18 de junio de 2013[13] que, si bien tiene por objeto resolver la suspensión de la inscripción de una escritura de aceptación y partición de herencia otorgada por el contador partidor y la viuda legataria, que actúa, además, en representación de su hija menor de edad, en lo que aquí interesa, manifiesta lo siguiente: «El Código civil, ante la presencia de un legado usufructuario que, además de comprender los tercios de libre disposición y mejora, se proyecta sobre el tercio de legítima estricta, no reacciona declarándolo ineficaz por atentar contra la intangibilidad de las legítimas de otros legitimarios; antes al contrario dicha situación *se resuelve admitiendo en principio la posibilidad de dicho gravamen (art. 813.2 CC)*[14]*,* si bien reconociendo a los legitimarios afectados una vía de reacción, la que prevé el artículo 820.3 del mismo cuerpo legal».

A su vez, interesa destacar que la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil, ha optado por esta solución, puesto que, al regular la intangibilidad cualitativa de la legítima, contempla en el artículo 467-19 la «*Interdicción de gravámenes»* en los siguientes términos: 1. «El causante no puede imponer sobre la legítima gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie. Tampoco puede imponer sobre la mejora otros gravámenes que los que establezca en favor de los legitimarios o sus descendientes. 2. El gravamen que vulnere esta prohibición se tiene por no puesto en lo que la conculque. Pero si por su naturaleza no es posible dejarlo sin efecto parcialmente, se tiene por no puesto en su totalidad. 3. *No comporta vulneración de la regla de intangibilidad de la legítima el legado de usufructo recayente sobre ella cuyo beneficiario sea el cónyuge viudo*, o un hijo o descendiente con discapacidad o cuya capacidad esté modificada en el momento de la apertura de la sucesión»[15].

En la exposición de motivos de la Propuesta citada se justifica la excepción relativa al usufructo voluntario otorgado al cónyuge viudo, precisamente, en la frecuencia práctica con la que «en los testamentos sometidos al Código el otorgante casado adjudica al cónyuge supérstite, a título de legado, el usufructo universal de toda la herencia (echando mano de la cautela *socini*)»[16].

II. LA CAUTELA *SOCINI*: CONCEPTO

La cautela *socini*[17] es la «previsión testamentaria que concede al legitimario la posibilidad de elegir entre aceptar la disposición del testador por la que le concede más de lo que le corresponde por legítima pero sujetando esta a un gravamen, o limitarse a percibir lo que le corresponde en virtud de la legítima y renunciando al exceso»[18].

En el ámbito jurisprudencial, la STS de 10 de julio de 2003[19] se refiere a la cautela en los siguientes términos: «consiste en la opción concedida por el testador al legitimario para elegir entre dos alternativas, o tolerar el usufructo universal del cónyuge viudo, o atribuirle el pleno dominio de todo el ejercicio de la herencia denominado de libre disposición, a más de los derechos que la ley concede al cónyuge supérstite como legitimario».

Es cierto que el supuesto más habitual de establecimiento de la claúsula testamentaria en cuestión es aquel en el que se deja el usufructo universal y vitalicio de la herencia al cónyuge viudo, y se atribuye a los hijos la nuda propiedad, pues, como se destaca en el ámbito notarial, «Quien testa en estado civil de casado y con hijos, salvo excepciones muy contadas, tiene un propósito firme: que su testamento proporcione la máxima seguridad al cónyuge viudo en especial respecto a su domicilio, y la mayor estabilidad y cohesión posible a la familia»[20].

Sin embargo, el recurso a la cautela *socini* no puede circunscribirse exclusivamente a la hipótesis de que se deje el usufructo universal al cónyuge viudo[21], sino que puede extenderse a otros casos en los que el testador contempla determinadas ventajas a favor de los legitimarios que acepten el gravamen de sus legítimas[22]. Así sucede en el supuesto contemplado en la STS de 5 de diciembre de 2018[23], en el que la testadora había impuesto a cada uno de sus hijos la carga de transmitirse entre sí la cuota indivisa que correspondía a cada uno de ellos sobre determinados bienes en idénticos términos para ambos, sancionando a aquel de los herederos disidente con la reducción de la institución a la legítima estricta. En este caso, la testadora, con la única finalidad de evitar controversias judiciales entre sus hijos, complementó la regulación de su sucesión en la forma que estimó más adecuada para el cumplimiento de su voluntad.

A la vista de lo expuesto, se considera preferible la definición ofrecida por la STS de 27 de mayo de 2010[24], que contempla la cautela *socini* como aquella «que puede emplear el testador para, dejando al legitimario una mayor parte de la que le corresponde en la herencia por legítima estricta, gravar lo así dejado con ciertas cargas o limitaciones, advirtiendo que si el legitimario no acepta expresamente dichas cargas o limitaciones perderá lo que se le ha dejado por encima de la legítima estricta».

No obstante, en el presente estudio nos centraremos en el caso más frecuente en la práctica notarial, que es, sin duda, el del usufructo universal dispuesto por el causante en favor del cónyuge viudo.

III. REQUISITOS DE LA CAUTELA *SOCINI*

Para la validez de la cautela *socini* deben concurrir los siguientes presupuestos:

a) Imposición expresa de los gravámenes sobre la legítima.

En determinados casos, así, si el gravamen consiste en el usufructo univesal, no es necesaria tal imposición, porque la legítima queda gravada necesariamente[25].

b) La atribución al legitimario de un *quantum* superior de lo que le corresponde en concepto de legítima.

En otro caso, se dice, la cláusula de opción sería inválida y la sucesión se defeririía conforme a las otras disposiciones válidas o a la ley. En particular, VALLET DE GOYTISOLO[26] entiende que para que la cláusula sea válida es necesario que ofrezca una alternativa a la legítima corta pura de mayor *quantum* que el legalmente reconocido como derecho al heredero forzoso.

Sin embargo, desde otra perspectiva, se ha sostenido que si se ofreciera menos de la legítima estricta y, a su vez, esta última para el caso en que no

se acepte la limitación, la cláusula sería también válida, porque el testador no está obligado a ofrecer una porción a los legitimarios, sino a respetar su legítima. Por tanto, la disposición será válida si la legítima se asigna en una de las alternativas y en la otra se ofrece otra cantidad, que, incluso, puede ser menor[27].

A nuestro juicio, el testador, en efecto, puede ofrecer al legitimario un *quantum* menor siempre que, a través de la otra disyuntiva, aquel respete el deber legal de no menoscabar la legítima. Ahora bien, en este caso, al no existir compensación alguna, desaparecería el incentivo que pudiera inclinar al legitimario a aceptar la merma cualitativa de la legítima, sin que ello impida que este acepte la voluntad del testador aún en esas circunstancias. No obstante, lo lógico es esperar que el testador haga que la otra vocación represente realmente una ganancia para el legitimario, esto es, un mayor *quantum* en perjuicio del *quale,* que pueda motivar la admisión del gravamen.

c) El carácter expreso de la facultad de elegir que se ofrece al legitimario.

La sola imposición de gravámenes sobre la legítima y, por tanto, sin que conste la posibilidad de optar en favor del legitimario, no puede identificarse con la cautela, que ha de resaltar la voluntad expresa del testador «sin que pueda sobreentenderse»[28]. Así lo afirma la SAP de Asturias de 14 de mayo de 2001[29], al declarar que «No estamos en este caso en presencia de la cautela *socini* desde el momento en que la misma reconoce al heredero legitimario una opción entre recibir su legítima corta o bien renunciar a tal derecho a cambio de recibir unas ventajas patrimoniales superiores*, y en el testamento no se establece la citada opción por el testador»*[30].

En esta dirección, con algún matiz, se habla de la necesidad de «expresar claramente» la absoluta incompatibilidad de reclamar la legítima y recibir lo atribuido *ultra legitiman*, pues, en otro caso, el legitimario podría contrariar la voluntad del testador por vía del artículo 820.3 del Código civil. Esa expresión clara, se añade, puede consistir en hacer constar literalmente la citada incompatibilidad o en que se deduzca del testamento claramente que el testador quería esa incompatibilidad. No obstante, en última instancia, se aconseja optar por una redacción de la cláusula que no plantee duda alguna y que no obligue a realizar intepretación extra del testamento[31].

Frente a la posición anterior, cierto sector doctrinal admite la cautela *socini* tácita, puesto que, aun en ausencia de concesión expresa de opción, siempre que el testador otorga al legitimario más de lo que le corresponde por legítima, y, a la vez, impone un gravamen sobre la misma, le está ofreciendo tácitamente la opción que caracteriza a la cautela *socini*, al poder elegir la posibilidad que le ofrece el artículo 813.2 del Código civil: limitarse a recibir la legítima libre de gravámenes[32].

En esta línea de la admisión de la cautela *socini* tácita se invoca el artículo 820.3 del Código civil, que concede a los legitimarios, directamente y

en ausencia de previsión alguna por parte del testador, el derecho de opción entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la porción libre en pleno dominio[33].

El propio Tribunal Supremo ha mantenido en alguna ocasión esta solución. Así, la STS de 10 de julio de 2003[34] contempla un supuesto en el que el testador otorga a su cónyuge el usufructo universal sobre todos los bienes de la herencia, y establece que, en caso de que no fuese aceptada dicha fórmula por cualquiera de sus hijos y herederos, «se trueca en la plena propiedad del tercio de libre disposición». Para el Alto Tribunal, «ello implica la denominada cautela sociniana o gualdense, consistente en la opción concedida por el testador al legitimario para elegir entre dos alternativas, o tolerar el usufructo universal del cónyuge viudo, o atribuirle el pleno dominio de todo el tercio de la herencia denominado de libre disposición, a más de los derechos que la ley concede al cónyuge supérstite como legitimario».

A continuación, el Tribunal Supremo trae a colación la Sentencia de la Sala de 3 de diciembre de 2001 que resolvió un supuesto en el que el testador había legado a su esposa el usufructo universal de su herencia y había instituído a sus hijos herederos en la nuda propiedad de la misma herencia, pero no había contemplado expresamente la opción. El Tribunal Supremo señala que «la cláusula estableciendo el usufructo universal es válida, y que el legitimario afectado tiene derecho a hacer la opción del artículo 820.3, pues si bien tal facultad no se la concede expresamente el testador, el precepto últimamente citado se la otorga, no condiciona su aplicación y eficacia a que el causante lo consienta». La citada sentencia de 2001 añade que «en testamentos notariales abiertos, en los que se dan consejos y advertencias sobre la legalidad por un profesional tan cualificado como el notario autorizante, es razonable pensar que el testador no ha querido imponer un gravámen sobre la legítima como el usufructo manifiestamente ilegal, sino dejar a la voluntad del legitimario gravado, cumplir la disposición a cambio de una mayor participación en la herencia, o bien recibir su legítima con arreglo a la ley sin esa participación, lo que equivale a no cumplirla».

Lo cierto es que con esta afirmación, el Tribunal Supremo interpreta que la opción que recoge el artículo 820.3 del Código civil es una suerte de presunción legal de la voluntad del testador que, desde luego, no quiere imponer un gravamen ilegal y, así, cuando grava la legítima y ofrece al legitimario un mayor *quantum* de lo que le corresponde, aunque no lo manifieste expresamente, sitúa a este ante la disyuntiva de aceptar ese *quantum* superior o de recibir su legítima estricta[35].

Posteriormente, también la STS de 27 de mayo de 2010[36] afirma que el artículo 820.3 del Código civil recoge la cautela *socini*: «La llamada comúnmente cláusula o cautela *socini* así como Gualdense [….] es la que puede emplear el testador para, dejando al legitimario una mayor parte

de la que le corresponde en la herencia por legítima estricta, gravar lo así dejado con ciertas cargas o limitaciones, advirtiendo que si el legitimario no acepta expresamente dichas cargas o limitaciones, perderá lo que se le ha dejado por encima de la legítima estricta. *En este sentido, se incorporó al Código civil,* y así el apartado 3.º del artículo 820 dispone que "Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador", lo que supone la reducción de su porción hereditaria a la legítima». En la misma dirección, la STS de 21 de noviembre de 2011[37] afirma que el artículo 820.3 del Código civil es el único que contempla la cautela *socini*.

A nuestro juicio, una cosa es invocar el artículo 820.3 del Código civil como posible argumento a favor de la admisibilidad de la cautela al ser la mecánica similar[38], en cuanto en ambos el legitimario elige entre soportar la legítima gravada o no, y otra muy distinta es que el precepto citado contemple la cautela *socini* tácita[39]. No creemos que el artículo 820.3 recoja una suerte de presunción legal de la voluntad del testador, que no pretende infringir la ley, como parece entender el Tribunal Supremo, sino que el citado precepto contempla una opción legal, impuesta *ex lege*, que, por tanto, se aparta de la voluntad del testador.

En esta dirección, precisamente, se manifiesta la SAP de Las Palmas de 9 marzo de 2000[40], que contempla un supuesto en el que el testador instituye heredero a su hijo, a la vez que lega a su cónyuge el usufructo universal vitalicio de su herencia, con relevación de inventario y fianza, disposición que, con la prevención de lo dispuesto en el artículo 820 último párrafo del Código civil, ruega a los legitimarios respeten. La cuestión que se plantea entre las partes es si tal disposición testamentaria contiene una de las modalidades de lo que por la doctrina se ha venido denominando cautela *socini*. La Audiencia mantiene que tal controversia, como igualmente señala el Juez *«a quo»,* «carece de fundamento, puesto que en el testamento no se recoge cautela alguna, limitándose a rogar a los legitimarios que respeten la constitución del usufructo, todo ello y precisamente con la prevención de lo dispuesto en el artículo 820-3.º del Código civil»[41].

Lo cierto es que en la cautela *socini* existen dos vocaciones alternativas, y, en cambio, el artículo 820.3 del Código civil solo contempla una vocación hereditaria, a la que se añade la facultad que la Ley concede al legitimario para entregar al viudo el tercio de libre disposición en plena propiedad, de forma que la posición de los legitimarios resulta más ventajosa que cuando opera la cautela *socini*. Mediante esta, si los legitimarios no cumplen la voluntad de testador, es decir, no admiten el gravamen establecido, solo tendrán derecho a percibir lo que por legítima estricta les corresponda,

mientras que en el contexto del artículo 820. 3° del Código civil, aquellos que no deseen soportar el gravamen pueden entregar al viudo el tercio de libre disposición, accediendo a la legítima completa[42].

Por tanto, en el artículo 820.3 del Código civil es la ley la que otorga la opción, mientras el origen de la cautela se encuentra en la voluntad del causante; el artículo 820 se aplica solo a los casos de determinados legados gravosos para las legítimas, mientras que la cautela comprende un mayor grado de cobertura de gravámenes o limitaciones; en el artículo 820, el legitimario que no respete los deseos del causante no se arriesga a recibir la legítima estricta, al no estar en juego la atribución de la mejora, a diferencia de lo que es habitual en la cautela[43].

Finalmente, entendemos que mediante el artículo 820.3 del Código civil, el legislador se propone proteger el derecho de los legitimarios frente a una disposición del testador que prescinde de los condicionamienos legales en perjuicio del aquellos[44]; en cambio, mediante la cautela *socini* el testador pretende fortalecer la situación del cónyuge viudo, al garantizarle, si su voluntad se acepta, el disfrute de un patrimonio. Ahora bien, la opción que concede el testador obedece a la necesidad de salvar la intangibilidad cualitativa de la legítima, es decir, por imperativo legal, pero es evidente que no quiere uno de los términos de la opción[45].

d) La aceptación por el legitimario de la atribución testamentaria con los gravámenes impuestos[46].

Debe matizarse que, en realidad, no es un requisito para la eficacia de la cautela, sino de la efectividad del gravamen impuesto, porque esta operará si se cumplen los requisitos anteriores, de forma que si el legitimario acepta el gravamen, este tiene lugar y, en caso contrario, la cláusula será eficaz, puesto que solo va a recibir los derechos que la ley le atribuye por su condición de legitimario: la legítima estricta[47].

e) El sujeto protegido es siempre un legitimario.

Como sabemos, mediante la intangibilidad cualitativa de la legítima se pretende proteger al legitimario frente a un gravamen que recae sobre la porción legitimaria[48]. A su vez, la cautela *socini* es un mecanismo previsto por el causante para incentivar la aceptación por los legitimarios de esos gravámenes precisamente afectantes a la legítima.

Por tanto, en ausencia de legitimarios, si el testador realiza unas determinadas atribuciones patrimoniales a herederos voluntarios que se hacen depender de la aceptación de ciertos gravámenes o limitaciones, no se trataría de una auténtica cautela *socini* al no existir legítimas que defender[49]. No podemos olvidar la configuración de la citada cautela ofrecida por FUENMAYOR como «procedimiento que permite al testador, con una formula determinada, pasar por encima de la prohibición de imponer gravámenes sobre la legítima», o como «un remedio de los juristas […]

de escapar a las consecuencias demasiado rigurosas de los principios de Derecho»[50, 51].

No obstante, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 3 de septiembre de 2014[52], aprovecha un supuesto en el que no hay legitimarios para establecer la jurisprudencia sobre la «cautela *socini*» que, por tanto, ha pasado a ser para el Alto Tribunal la forma de denominar todo tipo de sanciones testamentarias ligadas al ejercicio de cualquier acción dirigida a combatir el ámbito dispositivo ordenado por el causante, haya o no herederos forzosos, lo que supone ampliar el concepto de esta figura más allá del estricto ámbito de su diseño tradicional, a costa, como se ha destacado muy acertadamente, de desconocer su historia[53].

Con posterioridad, la STS de 19 de julio de 2018 insiste en esa línea jurisprudencial en un supuesto en el que el testador, sin descendientes, tras la ordenación de diversos legados y el nombramiento de herederos universales en el remanente de sus bienes, incluyó la prohibición de la intervención judicial en su herencia con la consecuencia de privación de cualquier derecho legado. El Tribunal Supremo declara que: «La vulneración de la prohibición de intervenir judicialmente la herencia comporta, necesariamente, la sanción prevista por el testador para dicho supuesto en la cláusula quinta, es decir, «la privación de cualquier derecho que el testador le haya legado», privación o pérdida de los derechos hereditarios que en el presente caso es plena, dado que el testador carecía de herederos forzosos o legitimarios». De esta forma, se ha sostenido la consolidación del llamado «concepto amplio» de la cautela *socini*[54].

Sin embargo, no podemos compartir la idea de que la cautela *socini* pueda identificarse en todo supuesto de prohibición por el testador de intervención judicial en la herencia bajo sanción de pérdida de derechos, sino que solo estaremos ante una cláusula de esta naturaleza cuando en la sucesión de que se trate haya legitimarios. En otro caso, se tratará de una cláusula prohibitiva cuyo incumplimiento podrá suponer la pérdida de todo derecho establecido en favor del disidente, consecuencia que, desde luego, no es posible predicar de la auténtica cautela *socini*, atendidos sus antecedentes históricos, concepto y requisitos.

IV. VALIDEZ DE LA CAUTELA *SOCINI*

La cláusula testamentaria analizada goza de plena validez, como confirma la última doctrina que sienta el Tribunal Supremo respecto a su aplicación en relación con la intangibilidad de la legítima[55], así como la DGRN en numerosas resoluciones[56].

Por su parte, la doctrina mayoritaria también admite su validez, aunque, en ocasiones, fundamentalmente en el pasado, algún sector se haya mani-

festado en contra. El principal argumento esgrimido en esta línea es que la imposición de un gravamen sobre la legítima entraña una vulneración de su intangibilidad proclamada por el artículo 813 del Código civil, lo que determina la ilicitud de la cautela *socini*[57]. Para esta posición, la cláusula se tendrá por no puesta, de forma que el legitimario podrá reclamar su legítima pura y lo que el testador le haya dejado de más, es decir, el exceso de la atribución[58].

Sin embargo, la propia articulación de la cautela mediante dos vocaciones, de las que una supone el ofrecimiento de la legítima libre y la otra un gravamen sobre la porción legitimaria, junto a una mayor cuota de la que le corresponde estrictamente, supone el respeto del derecho del legitimario, que puede optar por cualquiera de ellas, y si lo hace por la segunda es libre de hacerlo, porque «quien puede lo más (renunciar a la legítima), puede lo menos (admitirla con gravamen), una vez se halla deferida la legítima»[59].

También se ha sostenido que el empleo de la cautela *socini* encierra un fraude de ley, al perseguir lo que veta el artículo 813.2 del Código civil. Mediante la cautela, se frustra la finalidad de los preceptos protectores de la legítima, por lo que no puede admitirse que algo que está prohibido de modo directo, se permita de modo indirecto, «dando un rodeo»[60].

Frente a esta tesis se argumenta que, «si es lícito instituir al hijo solo en su legítima y disponer libremente del resto, también lo será ofrecerle la elección entre esta posibilidad y la de recibir una mayor porción con un gravamen afectante a la legítima, si lo prefiere; pues lo que directamente puede hacerse, tanto más puede conseguirlo indirectamente»[61].

Otras objeciones se fundamentan en que la cautela funciona como un castigo que perturba la libre decisión del legitimario, pues si opta por lo que por legítima le corresponda y rechaza el gravamen impuesto por el testador, resulta sancionado[62]. Sin embargo, la cautela *socini* supone un mayor beneficio o una ventaja para el legitimario, que recibirá más de lo que le corresponde legalmente. Si opta por recibir su legítima estricta, no puede calificarse de sanción o pena no atribuirle aquella parte de la herencia a la que no tiene derecho[63]. La validez de la cautela debe mantenerse con independencia de las expresiones empleadas para formularla[64].

Lo cierto es que la doctrina mayoritaria y el Tribunal Supremo admiten la validez de la cautela *socini*, lo que no obsta, como veremos, para que en determinados casos pueda devenir ilícita[65].

En particular, la STS de 17 de enero de 2014[66] ha supuesto un respaldo rotundo y definitivo[67] a la admisión testamentaria de la cautela *socini*. En ella, el Tribunal Supremo realiza, conforme a la última doctrina de la Sala, una previa labor de interpretación sistemática de la configuración de las legítimas en un doble plano. Por un lado, la legítima se articula como un límite a la libertad del testador. Por otro, la legítima representa un derecho

subjetivo del legitimario, de modo que este puede ejercitar todas las acciones en defensa de la misma, y, por lo tanto, en ese plano, servirse del auxilio de la autoridad judicial.

A juicio del Tribunal Supremo, la posible validez conceptual de la cautela *socini* en relación con el contenido dispositivo del testamento queda residenciada en el primer plano. En este ámbito, «la respuesta debe ser favorable a la admisión testamentaria de la cautela *socini*». Para el Alto Tribunal, no constituye un fraude de ley, puesto que desempeña su papel en una sucesión abierta y, «por lo tanto, ya diferida, concediendo al legitimario un derecho de opción o facultad alternativa, que, sujeta a su libre decisión, puede ejercitar en uno u otro sentido conforme a sus legítimos intereses».

Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina se ha cuestionado la validez de la cautela *socini* cuando se aplica a la mejora, de forma que el legitimario que no admita el gravamen sobre su legítima resulte privado de su participación en aquel tercio. Así, se mantiene que «esta condición puesta a la atribución del tercio de mejora, es siempre ilícita, pues su ilicitud no depende de si se asigna o no algo más (también gravado) con cargo al tercio libre, no de si el valor de lo atribuido, descontado el gravamen, es superior o inferior a la legítima larga o la corta, sino del hecho de que el testador coacciona a todos y cada uno de los legitimarios con la perspectiva de reducirles a la legítima corta a fin de conseguir de todos, colectivamente, una concesión que, acaso individualmente no harían»[68].

En particular, VALLET DE GOYTISOLO estima que el problema radica en el hecho de que el tercio de mejora no puede ser objeto de gravamen ni de condición si no es a favor de los descendientes del testador (art. 824 CC). Al atribuirse la mejora a favor del hijo o hijos que acepten el usufructo universal, la entidad global descendiente sufre colectivamente una condición que favorece a un no legitimario. Frente al interrogante de si ello es posible, a juicio del autor, han de distinguirse dos supuestos, de forma que la respuesta será negativa cuando el tercio de libre disposición quede fuera de la acción de la cautela (así, si el tercio de libre disposición ha sido atribuido, v. gr., al cónyuge viudo en pleno dominio), «pues da lugar al expresado gravamen global de haber de sufrir los hijos en su conjunto la condición puesta a su atribución. Gravamen colectivo que no tiene contrapartida posible alguna, para la entidad global descendiente, en el tercio de libre disposición». En cambio, procede la respuesta afirmativa cuando el tercio de libre disposición entre en el juego de la cautela junto al de mejora, «puesto que el condicionamiento global que, en este, sufre la entidad global hijos puede estimarse compensada con la posibilidad de recibir parte del tercio de libre disposición. La opción ya no les ofrece, como compensación, lo debido [a los descendientes] sometidos a condición, sino esto y, además, la parte libremente disponible incluso a favor de extraños. Se reúne, pues, uno de los requisitos

de las genuinas cautelas: ofrecer, a cambio de lo debido con su *quale* y su *quantum* estrictos, un mayor *quantum* con gravamen en el *quale»*[69].

En contra de esta opinión, puede objetarse que el testador goza de libertad para distribuir la mejora entre sus descendientes como él desee, a partes iguales o desiguales, o puede dejar el tercio de mejora solo a uno de los hijos, sin que los demás tengan derecho a ella. Por tanto, si el testador puede privar a algunos de los descendientes de la participación en la mejora simplemente porque así lo desea, con mayor razón podrá condicionar esa participación a que acepten el gravamen de que se trate. Además, el artículo 824 del Código civil permite imponer gravámenes sobre la mejora en favor de los legitimarios o sus descendientes, condición que reúne el cónyuge al ser legitimario y al que, a su vez, el artículo 834 le atribuye el usfructo del tercio de mejora si concurre a la herencia con hijos o descendientes[70].

V. PROHIBICIÓN DE SOLICITAR LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LA HERENCIA

1. Consideraciones previas

A través de la cautela *socini* el testador puede perseguir determinados fines lícitos respecto de su sucesión, entre los que suelen ser frecuentes extender el usufructo vidual a toda la herencia, establecer prohibiciones de enajenar lo que se recibe por legítima, contemplar ciertas formas de explotación de los bienes que integran el caudal relicto, y prohibir la intervención judicial o la partición judicial del caudal relicto.

Aunque alguna posición mantiene que las cláusulas prohibitorias destinadas a impedir la impugnación del testamento no pueden considerarse socinianas[71], en general, la doctrina se muestra favorable a su inclusión en el concepto amplio de cautela *socini*[72].

Por su parte, el artículo 675. 2 del Código civil declara que «el testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley». Por tanto, en principio, la prohibición de impugnación judicial de las disposiciones testamentarias articulada mediante la cautela *socini* es válida, pero el causante no puede eludir por esta vía el cumplimiento de normas de carácter imperativo.

En cuanto a los criterios a seguir para determinar cuándo a pesar de la cláusula prohibitoria es lícita la impugnación, tradicionalmente se han venido señalando los siguientes:

— La impugnación es lícita cuando el legitimario carece de otro modo para averiguar la cuantía de su cuota y comprobar así si se ha defraudado su legítima[73].

— La validez o invalidez de este tipo de previsiones depende de que el reclamante haya visto o no rechazada su impugnación, de forma que no se aplicará la privación de lo que se le haya dejado en el testamento, salvo su légitima estricta, si su reclamación se ha estimado fundada[74].

— La disposición del testador en esos casos —cláusulas de no intervención judicial con previsión de ciertas sanciones para caso de incumplimiento— será eficaz cuando esta sea razonable y el impugnante actúe sin ningún fundamento[75].

Por su parte, el Tribunal Supremo, en sus últimas sentencias, además de pronunciarse de forma definitiva sobre la validez de la «cautela *socini*», como ya indicamos, se ha ocupado de determinar «cuál» ha de ser el verdadero alcance de las prohibiciones de solicitar la intervención judicial que, con cierta frecuencia, introduce el testador para asegurarse de que su voluntad será respetada por sus sucesores.

En particular, la STS de 17 de enero de 2014[76] apuesta por la validez de las prohibiciones insertadas en la cautela, si bien concede que no toda impugnación judicial deberá llevar aparejada la sanción de reducir a la legítima estricta la participación del legitimario actor. El Alto Tribunal distingue dos tipos de impugnaciones:

a) Las «que se dirigen a combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador», que son las que «incurren frontalmente en la prohibición y desencadenan la atribución de la legítima estricta, como sanción testamentaria».

b) Las «que no traigan causa de este fundamento y se dirijan a denunciar irregularidades, propiamente dichas, del proceso de ejecución testamentaria, tales como la omisión de bienes hereditarios, la adjudicación de bienes, sin la previa liquidación de la sociedad legal de gananciales como, en su caso, la inclusión de bienes ajenos a la herencia diferida, entre otras», que «escapan de la sanción prevista en la medida en que el testador, por ser contrarias a la norma, no puede imbricarlas, ya de forma genérica o particular, en la prohibición testamentaria que acompaña a la cautela y, por tanto, en la correspondiente sanción».

En esta dirección, recientemente, la STS de 25 de abril de 2018[77], tras subrayar que queda fuera de la casación el debate sobre la validez de la cláusula testamentaria en virtud de la cual el heredero que fuera promotor de la intervención judicial vería reducidos sus derechos sucesorios a la legítima estricta, por no ser objeto del recurso, se refiere, no obstante, al Fallo de la Audiencia, que «de acuerdo con la interpretación de la doctrina de la Sala Primera, declaró su validez y declaró igualmente que no operaba

para las nulidades solicitadas por la demandante, *al no combatir el ámbito dispositivo de la causante*»[78].

2. Doctrina del Tribunal Supremo sobre la prohibición de solicitar la intervención judicial

La admisión de la validez de la cautela *socini* no impide que esta resulte ineficaz en determinados casos en los que se haya limitado o prohibido a los legitimarios solicitar la intervención judicial bajo la consecuencia, en caso de inobservancia de la prohibición, de la reducción de sus derechos sucesorios a su porción en el tercio de legítima estricta.

Entre los supuestos de intervención judicial que no se consideran por el Tribunal Supremo violación de la prohibición impuesta en la cautela *socini*, se encuentran aquellos en los que se ha realizado la adjudicación de bienes por el testador sin haberse practicado la previa liquidación de la sociedad de gananciales[79].

Así, la STS de 12 de diciembre de 1959[80], en un caso en el que el testador había dispuesto de los bienes que en su día fueron gananciales sin contar con la intervención de los herederos del cónyuge premuerto, prohibía la intervención judicial en su testamentaría, y disponía que los herederos insumisos vieran reducida su participación en la herencia a la legítima estricta, mantuvo que «la condición impuesta a los herederos, de que habían de aceptarla so pena de perder lo que en los tercios de mejora y libre disposición les corresponde, ha sido acertadamente calificada por el Tribunal *"a quo",* como contraria a las leyes, y ello, porque, si toda condición es, en definitiva, solo medio para la consecución de un fin, necesariamente ha de verse influenciada, imprimiéndole carácter, por una doble circunstancia, la de la licitud sustancial del acto u omisión de aquella que en sí consistía, y por la del designio o propósito que con su cumplimiento pretenda conseguir quien la impone, de tal suerte que tanto si lo primero es contrario a derecho, como si la finalidad perseguida en hacer posible lo que la ley no permite realizar, es evidente que la condición que se dirija a tan arbitrario fin habrá de reputarse contraria a derecho, y por ello, como no puesta ni de posible perjuicio de quienes, al no poder obtener tal declaración de ilicitud que dejase sin efecto cuanto sobre bienes de su exclusiva pertenencia, como procedente de la herencia de su padre se dispuso, sino recurriendo a los Tribunales de Justicia, no pueden ser sancionados por utilizar el único medio adecuado para el logro de su justa pretensión».

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 3 de marzo de 1980[81], al considerar que «la condición impuesta por la testadora de respetar una partición en la que se dispone como de bienes propios de aquellos que ya

corresponden a los herederos como causahabientes de su padre es contraria a la ley, suponiendo una verdadera coacción para los herederos y la partición así efectuada es nula con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1414 según el cual el testador no puede disponer en testamento más que de su mitad de gananciales y no habiéndose liquidado la sociedad conyugal es evidente que la testadora dispuso de aquellos que no le pertenecían».

Posteriormente, la STS de 8 de junio de 1999[82], en un supuesto similar, desestima el recurso de casación, al mantener que: «la decisión de la Audiencia ha seguido la reiterada línea jurisprudencial en esta materia, amén de que, como la voluntad del causante constituye la regla principal de la sucesión testamentaria, la cuestión relativa a la prohibición de la intervención judicial en los espacios de la partición y distribución de bienes hereditarios, cuando dichos actos son efectuados por el testador o se atribuyen al contador-partidor, se admite, en general como válida en la doctrina científica, pero si la partición adoleciera de algún vicio de nulidad o lesionase derechos de los legitimarios, puede ser impugnada, pues lo contrario conculcaría el ordenamiento sucesorio, como ocurre en este caso, donde obra acreditado la falta de la liquidación de la sociedad de gananciales y, sin embargo, los bienes de la misma se han incorporado a la partición efectuada».

Asimismo, el Tribunal Supremo ha estimado que la prohibición del recurso a la intervención judicial tampoco produce efectos cuando el motivo de la impugnación obedece al incumplimiento por los albaceas de la obligación de partir la herencia en plazo. Así, la STS de 20 de septiembre de 1994[83] no aplica la sanción prevista, la reducción de los derechos sucesorios a su porción en el tercio de legítima estricta a los herederos promotores de la intervención judicial, al haberse visto estos obligados a tal actuación por el incumplimiento por parte de los albaceas de su función de llevar a cabo la partición mientras estuvieron en el ejercicio de su cargo.

Por su parte, la STS de 6 de mayo de 2013[84] se pronuncia sobre la declaración de nulidad de un cuaderno particional cuya realización se había encomendado a un contador-partidor, designado a tal efecto por los cónyuges en sus respectivas testamentarias, con amplias facultades y prórroga del plazo legal, prohibiéndose la intervención judicial de las mismas, so pena de quedar reducida la participación en la herencia a la legítima estricta. En el supuesto debatido, la nulidad del cuaderno particional no se deriva del transcurso del plazo legal establecido, incluida su prórroga, sino de la falta de intervención del contador en su redacción al tratarse de un cargo personalísimo e indelegable, salvo disposición contraria del testador, que está sujeto, como deber jurídico, a la responsabilidad derivada por los perjuicios que pudiera ocasionar su ejercicio de forma dolosa o negligente.

Igualmente, la cláusula testamentaria que limita la intervención judicial tampoco puede impedir que se inste la rescisión por lesión de la partición

realizada por el contador partidor, si este no se ajusta a los términos del testamento. En el supuesto contemplado por la STS de 6 de abril de 2009[85], el testador había legado el usufructo de toda la herencia a su esposa, excluyendo a los hijos que no respetasen su voluntad de su participación en los tercios de mejora y libre disposición. Además, se nombraba contador partidor conforme al artículo 1057 del Código civil y se prohibía a los herederos la intervención judicial en la testamentaría. Ejercitada acción de rescisión por lesión de la partición, se cuestiona si se ha infringido la prohibición establecida por el testador. El Tribunal Supremo, tras recordar que las demandantes no habían impugnado el testamento, sino únicamente la partición efectuada por el contador partidor, se refiere a la naturaleza de la acción de rescisión por lesión de las particiones hereditarias, «que en definitiva tiene como base el cumplimiento de la voluntad del testador expresada en el llamamiento efectuado». Para el Tribunal Supremo, «la rescisión se funda en la existencia de una desigualdad entre el valor de lo que el heredero debe obtener según la disposición testamentaria y lo que efectivamente obtiene en la partición. Esta desigualdad no debe favorecer a ninguno de los coherederos, por lo que aplicar la cláusula que impide a los herederos la intervención judicial a este supuesto sería lo mismo que dejar las manos libres a quien efectúa la partición y, en consecuencia, equivaldría a permitir la vulneración de la voluntad del causante».

A continuación, nos vamos a referir a los supuestos de prohibición de intervención judicial cuando la impugnación por parte de los legitimarios se dirija a combatir simulaciones en perjuicio de las legítimas, que han sido resueltos por el Tribunal Supremo de manera muy diferente, como podrá comprobarse.

Para el análisis de la cuestión nos centraremos en la STS de 17 de enero de 2014[86], que, adelantamos desde ahora, mantiene que la intervención judicial dirigida a combatir simulaciones realizadas en perjuicio de las legítimas e incorporar esas liberalidades a los bienes relictos para fijar la cuantía de aquellas, debe estimarse un incumplimiento de la voluntad del testador.

En el supuesto contemplado en esta sentencia, el testamento del padre contenía las siguientes cláusulas respecto a la configuración de la «cautela *socini*»:

Octava.- «Prohíbe absolutamente la intervención judicial y cualquier otra en su testamentaría, aun cuando en ella hubiere interesados menores de edad, ausentes o incapacitados, pues quiere que todas sus operaciones se ejecuten extrajudicialmente por su comisario contador partidor».

Novena.- «Si por uno o varios de los herederos se incumpliere cualquiera de las prohibiciones contenidas en las cláusulas octava y décima, quedarán automáticamente instituidos herederos en la proporción o cuota que en

concepto de legítima estricta o corta señala la ley, acreciendo la parte en que habían sido mejorados los restantes».

Décima.- «Quiere expresamente el testador que se respeten totalmente y con estricta fidelidad las donaciones y legados, cualquiera que fuese su importancia y cuantía, que en vida haya hecho a cualquier persona y muy especialmente a su esposa e hijos, por lo que no tendrán tales liberalidades el carácter de colacionables, prohibiéndolo así sus herederos».

Como antecedentes del pleito, la sentencia recoge dos casos anteriores, relativos esta vez a la herencia de la madre, en cuyo testamento se recogía la cautela *socini* ordenada en los mismos términos expuestos, en los que se discutía la manera de computar la transmisión por los padres a sus dos hijos varones de 480 acciones de una inmobiliaria, a cambio de una renta vitalicia a favor de aquellos, habiéndose pactado en documento posterior la obligación de los hermanos de pagar a sus tres hermanas una determinada cantidad como compensación.

En el primer caso, las hijas de la testadora interponen demanda contra sus hermanos en la que solicitan que se declarase que la transmisión de acciones mencionada lo fue a título lucrativo, por lo que debía computarse en la herencia materna a efectos de fijar la legítima correspondiente a tal herencia. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 15 de junio de 2007[87], entendió que se había producido un negocio mixto de onerosidad y gratuidad y que la *actio ad suplendam legitimam* ejercitada por las demandantes en relación con la partición efectuada en la herencia materna debía prosperar, al tratarse de una liberalidad computable para determinar las legítimas.

En el segundo caso, en relación también a la herencia materna, son los hermanos los que interponen demanda, al estimar que las demandadas, al haber dado lugar a la intervención judicial, habían contravenido las prohibiciones contenidas en el testamento materno, por lo que solicitan la nulidad de la partición efectuada. En este litigio, la STS de 21 de noviembre de 2011[88] mantiene lo siguiente: «La cláusula de la testadora que prohíbe la intervención judicial y que sanciona el quebrantamiento de la misma con la percepción exclusiva de la proporción o cuota que en concepto de legítima estricta o corta señala la Ley […] carece de eficacia cuando las legitimarias, en el proceso anterior que ha sido reseñado, reclamaron exclusivamente su legítima estricta y los demás pronunciamientos venían referidos al cálculo de la misma. Al no entenderlo así y estimar la demanda aplicando la cautela *socini*, la sentencia de la Audiencia Provincial objeto de este recurso, confirmatoria en parte de la dictada en primera instancia, ha infringido las normas sobre intangibilidad absoluta de la legítima estricta al calificar y aplicar la cláusula de aquella cautela erróneamente. Ha infringido pues, los artículos 675 del Código civil al calificar como válida y eficaz la cautela impuesta en el testamento y el artículo 743 al

no declararla ineficaz y procede, asumiendo la instancia, la desestimación de la demanda».

En cambio, en la Sentencia de 17 de enero de 2014[89], que tiene su origen en la demanda interpuesta de nuevo por los hermanos, pero esta vez en relación a la herencia del padre, en la que los accionantes alegaban que las demandadas habían quebrantado la voluntad del causante al haber provocado la intervención judicial, el Tribunal Supremo mantiene un criterio frontalmente distinto. El Alto Tribunal, al valorar el alcance de la intervención judicial solicitada por las hijas del causante para que se computara en la herencia paterna la liberalidad realizada en su día a favor de sus hermanos (demanda que fue sobreseída y archivada por litispendencia civil, al estar todavía en curso el proceso relativo a la herencia de la madre), se manifiesta en los siguientes términos: «Los legitimarios accionantes (las hijas) infringen la prohibición dispuesta en la medida en que el fundamento que anida en el contenido impugnatorio realizado en relación con la cesión de acciones efectuada por el testador y su esposa a sus hijos varones, en documento privado de 22 de febrero de 1972, que fue objeto de la Sentencia de esta Sala de 15 de junio de 2007, antecedente judicial del presente caso, se circunscribe claramente en el marco del ejercicio de una acción de suplemento y eventual reducción de donaciones (815 CC) que comporta la pretensión de una nueva cognitio relativa a la computación y valoración del haber hereditario (STS de 4 de enero de 2013, núm. 785/2012) constituyendo una clara contravención o falta de aceptación de la disposición patrimonial ordenada por el testador. Máxime, si tenemos en cuenta que, aunque la cesión de acciones fue calificada por la citada sentencia de esta Sala como un negocio mixto de onerosidad y gratuidad, en cuando al precio que justificaba o compensaba la constitución de una renta vitalicia en favor de los cedentes, no obstante, el testador, con independencia de la calificación real del contrato celebrado, también había incluido expresamente el desarrollo lógico de esta cautela en la prohibición de impugnar las donaciones y legados hechos en vida, tal y como reza la citada cláusula décima del testamento».

Es evidente que este criterio se opone frontalmente al sustentado por el Alto Tribunal en sus Sentencias de 15 de junio de 2007 y de 21 de noviembre de 2011, relativas en este caso al testamento de la madre que recogía una cautela de idéntico contenido, y que, como ya señalamos, mantienen ambas la procedencia de *la actio ad suplendam legitimam* ejercitada por las hermanas, y la segunda, además[90], sostiene que la intervención judicial promovida no provocaba la sanción testamentaria, al haberse limitado a pedir la legítima estricta.

Como ha puesto de manifiesto un sector doctrinal, el Tribunal Supremo no explica el motivo por el que la acción de suplemento que en 2011 respetaba el testamento de los padres, en 2014 entra de lleno en la prohibición

impuesta y, por tanto, comporta la sanción prevista de la que se deriva la correspondiente modificación de la partición realizada. Esta ausencia de motivación del cambio de criterio al enjuiciar unos mismos hechos, como se ha destacado acertadamente, «produce desconcierto al justiciable y a la comunidad jurídica»[91].

Lo cierto es que frente a la Sentencia de 17 de enero de 2014, la parte recurente en casación promovió incidente de nulidad que fue desestimado por Auto del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2015[92], en el que se mantuvo que el cambio de criterio se hallaba fundamentado en razones jurídicas objetivas, y, por tanto, no era irreflexivo ni arbitrario y que no había existido, como se alegaba, vulneración de los artículos 14 y 24 CE[93]. En concreto, el Tribunal Supremo se manifiesta en los siguientes términos:

«Tercero.- Desestimación del incidente. Atendiendo a la doctrina que acaba de exponerse el incidente debe ser desestimado en virtud de los siguientes razonamientos: 1. Como puede advertirse de la fundamentación de la sentencia del Pleno cuya nulidad se insta, esta Sala, examinó —sin eludir los precedentes jurisprudenciales en materia de cautela *socini*, entre ellos la STS de 21 de noviembre de 2011 en el recurso 1879/2011— la caracterización y alcance de su validez testamentaria, para perfilar los límites de la facultad dispositiva y distributiva del testador y del derecho del legitimario, concluyendo en el fundamento jurídico segundo 11 con la exposición del criterio jurídico hacia el que ha evolucionado la doctrina de esta Sala. 2. No hay un cambio de criterio irreflexivo, sino motivado en Derecho, como pone de manifiesto la lectura de la sentencia. 3. La aplicación al caso se ha hecho de forma igualmente motivada, y marca la diferencia con el criterio que se siguió en la STS de 21 de noviembre de 2011, cuando ahora se declara que: «Por lo demás, y en contra de lo argumentado por las recurrentes, no cabe confundir la acción de complemento de la partición (art. 1079 CC), respecto de la omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia, con la acción de suplemento de la legítima que realmente ejercitan las legitimarias», que no es más que la concreción al supuesto específico del recurso de la evolución de la doctrina jurisprudencial que marca el límite en los actos del legitimario dirigidos a combatir el ámbito dispositivo del testador. 4. De acuerdo con la doctrina antes expuesta, es patente la evolución del criterio de la Sala, está motivado en Derecho y esto excluye, además de la vulneración del derecho de tutela efectiva, la infracción del principio de igualdad ante la ley. 5. Lo dicho deja sin fundamento la alegación según la cual esta Sala penalizaría e intentaría disuadir al justiciable en su libre acceso a los tribunales en condiciones de igualdad con los restantes herederos, que solo constituye una conclusión subjetiva de la parte».

A mi juicio, este Auto nada aclara y sigue sin justificar el cambio operado, puesto que, aunque como afirma el Tribunal Supremo, la cláusula

debe ser plenamente operativa cuando el recurso a la intervención judicial se refiera a cuestiones incluidas en el ámbito de las facultades dispositivas del testador, y ahí está el límite, en cuyo caso la aplicación de la cláusula no es una sanción contraria al derecho del artículo 24.1 CE, olvida el Alto Tribunal, y esto es esencial, que el ámbito dispositivo del testador no puede infringir en ningún caso la legalidad, como sucede en el supuesto enjuiciado. La actuación de las legitimarias se dirige a la defensa de sus legítimas, que habían sido burladas mediante la cesión de acciones a favor de los hermanos operada en su día y, por ello, tal actuación no puede ser constitutiva de infracción alguna de la prohibición de intervención judicial.

Por cierto, la SAP de Vizcaya de 22 de marzo de 2018[94] se refiere a esta discrepancia doctrinal en nuestra jurisprudencia reciente que, según la Audiencia, «merece ser reseñada en cuanto supone un cambio en el modo de enfocar la cautela *socini*, pudiendo provocar una especial predisposición a hacer valer estas cláusulas, en cualquier caso que se atisbe una posible infracción de la voluntad testamentaria, pero el cambio de criterio se justifica por si solo, en cuanto se pretende salvaguardar la voluntad testamentaria por encima de actos de defensa de la legítima que alteren la partición hereditaria». Resulta sorprendente esta afirmación, puesto que una cosa es que la tendencia actual sea la de flexibilizar el sistema de legítimas y reforzar la voluntad del testador como ley que ha de gobernar la sucesión, y otra es mantener que el cambio de criterio se justifica «por sí solo» para proteger la voluntad del testador y defender la eficacia de la cláusula cuando lesiona los derechos de los legitimarios, derechos que, sin duda, han de prevalecer sobre la voluntad del testador cuando esta no se ajusta a la legalidad.

En definitiva, es evidente la contradicción en la que incurre el Tribunal Supremo al sostener, como bien destaca cierta posición doctrinal, por una parte, que aquellas impugnaciones que no se dirigen a combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador, sino «a denunciar irregularidades, propiamente dichas, del proceso de ejecución testamentaria, tales como la omisión de bienes hereditarios, la adjudicación de bienes, sin la previa liquidación de la sociedad legal de gananciales como, en su caso, la inclusión de bienes ajenos a la herencia diferida, entre otras, escapan de la sanción prevista en la medida en que el testador, por ser contrarias a la norma, no puede imbricarlas, ya de forma genérica o particular, en la prohibición testamentaria que acompaña a la cautela y, por tanto, en la correspondiente sanción», y, por otra parte, afirmar que el ejercicio por las legitimarias de la acción de suplemento constituye «una clara contravención o falta de aceptación de la disposición patrimonial ordenada por el testador»[95].

Esta posición plantea una serie de cuestiones que nos parecen muy acertadas y que, por ello, reproducimos textualmente: «¿No sería ilícito permitir

que el testador mediante la prohibición de intervención judicial impida que el legitimario reciba la *portio debita* (*ius cogens*)? ¿Acaso es más grave omitir un bien en la herencia o no proceder a la previa liquidación de la sociedad de gananciales que no calcular el importe exacto de la legítima (art. 818.2 CC)? ¿No es contrario a ley no calcular la legítima como ella dispone, o calcularla como quiera el testador? Creo que la respuesta es clara, la cautela no puede disfrazar lo que la ley no permite. Además, tanto incluir bienes en la herencia que se han omitido, como liquidar la sociedad de gananciales como operación previa a la herencia, como la reunión ficticia de todas las donaciones, están encaminados a lo mismo, al respeto de la legítima, a su cálculo y lógicamente a su posterior pago»[96].

En consecuencia, para que el recurso a la intervención judicial, cuando este se prohíba, se pueda considerar que contraviene tal prohibición, es necesario que los legitimarios actúen sin fundamento suficiente, o que discutan la libertad distributiva y dispositiva del testador[97], Ahora bien, es igualmente necesario que esa libertad sea acorde con la legalidad, presupuesto que no se cumple en el supuesto contemplado en la STS objeto de análisis, al no respetarse los límites que fijan las normas de carácter imperativo, límites entre los que se encuentra el sistema de legítimas que también comprende las acciones para su defensa, y, por tanto, las de complemento o suplemento de la *portio* legítima.

Estas consideraciones coinciden, además, con la postura mantenida en su momento por VALLET DE GOYTISOLO, para el que las cautelas dirigidas a impedir toda impugnación del testamento, o de las ventas simuladas por el testador o cualquier intervención judicial, no deben admitirse como auténticas cláusulas de opción compensatoria. Para este autor, en estos casos no se puede hablar de compensación legitimaria, «pues no se impone sustancialmente gravamen en el *quale* legitimario, sino que nada más y nada menos se exige que sea aceptada una incertidumbre cuantitativa a cambio de no perder el posible exceso relicto por encima de la legítima»[98].

Por tanto, las prohibiciones de litigar, cuando los legitimarios impugnan actos simulados en perjuicio de sus legítimas, constituyen limitaciones ilícitas que no deben admitirse, al tratarse de contenidos impugnatorios amparados en el incumplimiento de la ley[99].

VI. CAUTELA *SOCINI*, MENORES Y PERSONAS CON CAPACIDAD MODIFICADA JUDICIALMENTE: NECESIDAD DE INTERVENCIÓN DEL DEFENSOR JUDICIAL

Si bien es cierto que, como demuestra la escasa litigiosidad de la cláusula *socini*, la mayoría de los legitimarios descendientes respetan la vo-

luntad del causante, el usufructo universal pueden plantear determinados inconvenientes, como los derivados del ejercicio individual de la opción por cada legitimario afectado, de forma que tengan que existir tantas opciones como legitimarios que pueden ser dispares, o los surgidos de los plazos para optar[100], sin olvidar el problema de la representación de los legitimarios menores o con capacidad modificada judicialmente que haga necesario, para evitar el conflicto de intereses, el nombramiento de defensor judicial.

Precisamente, en relación con esta última cuestión, la DGRN ha venido manteniendo la necesidad de nombramiento de defensor judicial en esos casos, porque el legitimario representado, menor o con capacidad modificada judicialmente, debe realizar una opción que siempre va a afectar directamente al representante legal, surgiendo el conflicto de intereses. En concreto, la Resolución de 5 de febrero de 2015[101] se manifiesta en los siguientes términos: «En el supuesto de la llamada cautela *socini*, que es lo que nos ocupa, la existencia de conflicto de intereses entre el padre y la hija incapaz, es clara, ya que si bien la fórmula está admitida por doctrina y jurisprudencia, los legitimarios reciben una porción mayor de la que les corresponde, pero gravada con el usufructo del viudo. En consecuencia, dicha cautela comporta una alternativa por la que el legitimario tiene que optar, y el hecho de ejercitar por él esta opción su padre acarrea la contraposición de intereses, ya que dicho representante se ve afectado directamente por el resultado de la opción»[102].

En lógica coherencia con la doctrina anterior, la RDGRN de 22 de junio de 2015[103], en un supuesto en el que la viuda, en uso del legado alternativo previsto a su favor, opta expresamente por el tercio en pleno dominio además del usufructo del tercio de mejora y acepta los derechos hereditarios en su propio nombre y en nombre de sus hijos menores de edad, mantiene la inexistencia de conflicto alguno y, por tanto, la ausencia de necesidad de intervención del defensor judicial. En este caso, la elección de la viuda no afectaba de modo alguno a la intangibilidad de la legítima. «al no crearse una situación de decisión que deba ser tomada por parte de los menores, no hay conflicto alguno, porque la única elección que ha sido tomada por la viuda lo ha sido en los términos ordenados en el testamento sin crear nueva situación que deba poner en posición a los menores que representa de decidir si escogen el mantenimiento de su legítima libre de la carga del usufructo».

Lo cierto es que la DGRN en su última Resolución de 16 de octubre de 2019[104], en la que se ha pronunciado sobre la cuestión debatida, ha vuelto a confirmar la posición que ha venido manteniendo.

Frente a la posición de la DGRN sobre la cuestión analizada, un sector del Cuerpo Notarial sostiene que junto al aspecto ecónomico de la opción que prevé la cláusula *socini*, intervienen otros factores de mayor rango y

dignidad que impiden aceptar que la cuestión tenga que solventarse como si un simple conflicto de intereses económicos impidiera al cónyuge viudo representar a su hijo menor, de forma que sea necesario nombrar un defensor judicial que pueda actuar con más imparcialidad. Y es que, se añade, «no se trata, en absoluto, de un conflicto de intereses semejante, ni aun parecido siquiera, al que surgiría si tuviera un padre la pretensión de comprar para sí unos valores propios del hijo sobre el que ejerce la representación, legal o voluntaria»[105].

También se ha defendido que la intervención del defensor judicial, como excepción a la regla general de que los padres tienen la representación legal de sus hijos menores, solo debe producirse cuando el conflicto exista efectivamente, y debe ser ante el examen de cada situación concreta cuando dicha existencia podrá apreciarse. Se añade que, «no tiene sentido que un padre o madre viudo necesite un defensor judicial para adjudicarse con sus hijos menores una herencia por cuotas indivisas según testamento conforme a la cautela, cuando en base al artículo 831 se le podría haber autorizado para hacer por sí solo los actos que hemos citado»[106]. En última instancia, se defiende *a priori* y en todo caso la innecesariedad del nombramiento del defensor en los supuestos en los que los hijos sean comunes, el patrimonio lo constituya la vivienda del matrimonio y esta constituya el domicilio familiar[107].

A nuestro juicio, ese paralelismo que se invoca para justificar la ausencia de necesidad de nombramiento de un defensor judicial, puede ser objeto de otra interpretación que nos lleve al resultado contrario. Como sabemos, el artículo 831 del Código civil impone a los descendientes el deber de respetar la distribución que haga el viudo, luego, si el testador no atribuye a su cónyuge las facultades comprendidas en el precepto citado es porque quiso que fueran sus descendientes los que ejercitaran la facultad de optar, aunque contemplando él mismo en su testamento las consecuencias económicas derivadas del ejercicio de la opción en uno u otro sentido, y que ellos deberían calibrar por sí mismos[108]. Por otra parte, no creemos que el hecho de que el patrimonio familiar esté formado únicamente por la vivienda familiar, constituya en todo caso garantía de la ausencia de conflicto de intereses entre el cónyuge viudo y el menor representado, o el hijo con capacidad judicialmente modificada.

En consecuencia, en caso de adjudicación del usufructo universal, puesto que el simple hecho de ejercitar una opción tendrá unos efectos jurídicos afectantes a la légitima y a su intangibilidad —los legitimarios pueden ver gravada su legítima estricta con un usufructo al que podrían oponerse—, la valoración de inexistencia de conflicto no puede hacerla por sí mismo el representante legal, sino que será necesario el nombramiento de un defensor judicial, conforme a lo establecido en el ar tícu lo 163 del Código civil.

Para finalizar, conviene destacar que para evitar este problema, así como los demás que pueda plantear el recurso a la cautela *socini*, se propone una nueva formulación notarial de la misma por la que se traslade en un primer momento el derecho de opción al cónyuge viudo, de forma que sea este el que decida si prefiere el pleno dominio del tercio libre y el usufructo del tercio de mejora o si desea, en cambio, el usufructo universal. Solo en este segundo supuesto entraría en juego el derecho de opción de los legitimarios[109].

Esta nueva formulación de la cautela *socini* puede verse reforzada si, además, se introduce la delegación de la facultad prevista en el artículo 831 del Código civil, que permitiría al cónyuge viudo distribuir a su prudente arbitrio el tercio libre y el tercio de mejora de la herencia del causante[110], lo que ha llevado a sostener que el citado precepto, en su actual redacción, es una oportunidad para revitalizar la cautela *socini*[111]. Ahora bien, esta amplia fiducia sucesoria no debiera hacer decaer el recurso a la cautela sociniana en el ámbito del Código civil, como se ha pretendido en alguna ocasión, porque, aunque la utilidad del artículo 831 es evidente al permitir obtener unos resultados más intensos que los de la cautela *socini*, no todos los cónyuges estarán dispuestos a otorgar al otro unas facultades tan amplias, que permitirían incluso una distribución desigual de la herencia entre los hijos. En cambio, «la cautela sí se corresponde con lo que podría entenderse el interés ordinario o común de los padres: el que salvo casos muy concretos se corresponde con la generalidad de los mismos»[112].

VII. CONCLUSIONES

I. La cautela *socini* es la previsión por la que el testador ofrece al legitimario la posibilidad de elegir entre optar por recibir «más» de lo que le corresponde por legítima pero sujetando esta a un gravamen, o por percibir la legítima estricta, renunciando al exceso. Sin embargo, el testador puede ofrecer al legitimario un «*quantum* menor» siempre que, a través de la otra disyuntiva, aquel respete el deber legal de no menoscabar la legítima. Ahora bien, en este caso, al no existir compensación alguna, desaparecería el incentivo que pudiera inclinar al legitimario a aceptar la merma cualitativa de la legítima.

II. La sola imposición de gravámenes sobre la legítima, sin que conste la posibilidad de optar en favor del legitimario, no puede identificarse con la cautela *socini* que ha de resaltar la voluntad expresa del testador. Tal voluntad no puede sobreentenderse, lo que excluye la posibilidad de admitir la cautela tácita.

III. La cautela *socini* es un mecanismo previsto por el causante para incentivar la aceptación por los legitimarios de gravámenes afectantes a la legítima. Por tanto, en contra del criterio mantenido por el Tribunal Supremo

en sus últimas sentencias, en ausencia de legitimarios, si el testador realiza unas determinadas atribuciones patrimoniales a herederos voluntarios que se hacen depender de la aceptación de ciertos gravámenes o limitaciones, no podrá hablarse de una auténtica cautela *socini*, al no existir legítimas que defender.

IV. La doctrina mayoritaria, el Tribunal Supremo y la DGRN admiten la validez de la cautela *socini*, lo que no obsta para que en determinados casos pueda devenir ilícita. Así, la prohibición de impugnación judicial de las disposiciones testamentarias articulada mediante la cautela *socini*, será válida y eficaz cuando las actuaciones de los legitimarios se dirijan a combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado en el testamento, siempre y cuando el testador haya respetado la legalidad. Solo si se cumple esta premisa, los legitimarios accionantes incurrirán frontalmente en la prohibición y procederá la atribución de la legítima estricta, como sanción testamentaria.

Por tanto, el causante no puede eludir por esta vía el cumplimiento de normas de carácter imperativo, de forma que las prohibiciones de litigar cuando pretendan restringir los derechos de los legitimarios para reclamar su legítima, constituyen limitaciones ilícitas que no deben admitirse, al tratarse de «contenidos impugnatorios» amparados en el incumplimiento de la ley.

V. La adjudicación del usufructo universal, en caso de existencia de legitimarios menores de edad o con capacidad modificada judiciamente, exige la intervención del defensor judicial como ha venido manteniendo la DGRN. El cónyuge viudo no puede en su propio nombre y, como representante legal, en el de aquellos, ejercitar una opción que tendrá efectos jurídicos afectantes a la légitima y a su intangibilidad. La valoración de la inexistencia de conflicto de intereses corresponde hacerla al defensor judicial y no a quien puede verse afectado directamente por el resultado de la opción.

VI. El artículo 831 del Código civil, en su actual redacción, constituye una oportunidad para revitalizar la cautela *socini*. Ahora bien, esta amplia fiducia sucesoria no debe hacer decaer el recurso a la cautela *sociniana* en el ámbito del citado Cuerpo legal, porque, aunque la aplicación del artículo 831 permita obtener unos resultados más amplios que los de la cautela *socini*, no todos los cónyuges estarán dispuestos a otorgar al otro unas facultades tan extensas, que permitirían incluso una distribución desigual de la herencia entre los hijos. En cambio, la cautela sí responde a lo que podría entenderse el interés común de los consortes.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

Sentencias del Tribunal Supremo

- STS de 29 de diciembre de 1939 *(RJ* 1939, 105)

- STS de 12 de diciembre de 1959 *(RJ* 1959, 4499)
- STS de 3 de marzo de 1980 *(RJ* 1980, 1016)
- STS de 8 de junio de 1999 *(RJ* 1999, 4103)
- STS de 20 de septiembre de 1994 *(RJ* 1994, 6979)
- STS de 3 de diciembre de 2001 *(RJ* 2001, 9925)
- STS de 10 julio de 2003 *(RJ* 2003, 4628)
- STS de 15 de junio de 2007 *(RJ* 2007, 5122)
- STS de 6 de abril de 2009, *(RJ* 2009, 2006)
- STS de 27 de mayo de 2010 *(RJ* 2010, 5158)
- STS de 21 de noviembre de 2011 *(RJ* 2012, 1365)
- STS de 18 de julio de 2012 *(RJ* 2012, 8364)
- STS de 6 de mayo de 2013 *(RJ* 2013, 8072)
- STS de 17 de enero de 2014 *(RJ* 2015, 6242)
- STS de 3 de septiembre de 2014 *(RJ* 2014, 4795)
- STS de 21 de abril de 2015 *(RJ* 2015, 1913)
- Auto del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2015 *(RJ* 2015, 6241)
- STS de 25 de abril de 2018 *(RJ* 2018, 1688)
- STS de 19 de julio de 2018 *(RJ* 2018, 2950)
- STS de 5 de diciembre de 2018 *(RJ* 2018, 5392)

Sentencias de las Audiencias Provinciales

- SAP de Las Palmas de 9 de marzo de 2000 *(AC* 2000, 2181)
- SAP de Asturias de 14 de mayo de 2001 *(JUR* 2001, 213381)
- SAP de Madrid de 19 de mayo de 2008 *(JUR* 2008, 213734)
- SAP de Valencia de 5 de febrero de 2015 *(AC* 2015, 531)
- SAP de Málaga de 10 de diciembre de 2015 *(AC* 2016, 1142)
- SAP de Alicante de 10 de junio de 2016 *(JUR* 2016, 245442)
- SAP de Vizcaya de 22 de marzo de 2018 *(JUR* 2018, 193772)

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

- RDGRN de 15 de mayo de 2002 *(RJ* 2002, 8572)
- RDGRN de 14 de diciembre de 2006 *(RJ* 2006, 9706)
- RDGRN de 4 de septiembre de 2012 *(RJ* 2012, 10396)
- RDGRN de 11 de diciembre de 2012 *(RJ* 2013, 716)
- RDGRN de 18 de junio de 2013 *(RJ* 2013, 6663)
- RDGRN de 5 de febrero de 2015 *(RJ* 2015, 2313)

- RDGRN de 22 de junio de 2015 *(RJ* 2015, 3733)
- RDGRN de 16 de octubre de 2019 (BOE de 22 de noviembre de 2019)

IX. BIBLIOGRAFÍA

ALEMÁN URIS, J. (2014). Cautela *Socini*: Análisis a propósito de la STS 17/1/2014. *ROED* Número 4, Sección monográfica.

ARTERO MONTALVÁN, F. (2018). La Cláusula Angélica. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2018, 1 de septiembre de 2018, http://blogmartinezcardona.blogspot.com/2018/09/la-clausula-angelica-proposito-de-la.html.

BERROCAL LANZAROT, A. (2014). La cautela *Socini*: caracterización y alcance de su validez testamentaria. *Actualidad Civil*, núm. 12, LA LEY 8344\2014.

BORRACHERO, M. (1955). Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código civil. *Revista de Derecho Privado,* 374-377.

BUSTO LAGO, J. M.ª (2012). Legítimas y reservas. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.). *Manual de Derecho civil. Sucesiones*, 2.ª ed. Madrid: Bercal.

CABEZUELO ARENAS, A. L. (2014). Validez de prohibición de impugnar el testamento articulada a través de «cautela *Socini*». STS de 17 de enero de 2014. *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 6/2014 parte Estudios. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, SAU, BIB 2014/3361.

— (2003). Reflexiones sobre la cautela *socini*. En *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. IV. Madrid: Thomson Reuters Civitas, 5141-5157.

— (2002). *Diversas formas de canalización de la cautela Socini*. Valencia: Tirant lo Blanch.,

CAPILLA RONCERO, F. (2016). Comentario al artículo 813 del Código civil. En *Código civil Comentado*, vol. II. A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández, (Dirs.), 2.ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 809 y sigs.

— (2016). Comentario al artículo 820 del Código civil. En *Código civil Comentado*, vol. II. A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (Dirs.), 2.ª ed. Cizur Menor:Aranzadi, 858 y sigs.

— (1987). Nulidad e impugnabilidad del testamento. *ADC,* 3 y sig*s.*

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J. (2010). Cautela *Socini* y conflicto de intereses. En *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*, J. C. Sánchez González, F. J. Gardeazábal del Río, y P. J. Garrido Chamorro (Coords.). Cizur Menor: Aranzadi, 1001-1033.

ESPINAR LAFUENTE, F. (1996). *La herencia legal y el testamento*. Barcelona: Bosch.

FAJARDO FERNÁNDEZ, J. (2016). Comentario a la Sentencia de 17 de enero de 2014, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 100, enero-abril.

FUENMAYOR CHAMPÍN, A. (1948). Intangibilidad de la legítima. *Anuario de Derecho civil*, enero-marzo, 46-67.

GALICIA AIZPURÚA, G. (2018). *Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil.* Madrid*:* Tecnos.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, L. (1946). La cuota vidual y su regla fija, *RGLJ*, 394 y sigs.

IGLESIAS LÓPEZ DE VIVIGO, P. (1950), Una cláusula de estilo que proclama el usufructo universal y vitalicio del cónyuge viudo. *RGLJ,* septiembre, 270 y sigs.

IRÚRZUN GOICOA, D. (2011). La Cautela *SOCINI* y la práctica notarial. *El Notario del Siglo XXI* núm. 37, mayo-junio, 158 y sigs.

— (2012). La cautela *Socini* revitalizada. En un testamento a favor de la viuda y la familia, *Revista Jurídica del Notariado*, núm 83, 373 y sigs.

LACRUZ, J. L. (2009). *Elementos de Derecho civil V*, 4.ª ed. revisada y puesta al día por J. Rams Albesa. Madrid: Dykinson.

LASARTE, C. (2018). *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho civil VII*, 13.ª ed. Madrid: Pons.

LLEDÓ YAGUE, F (1992). *Derecho de Sucesiones*, Vol. (I). Bilbao: Universidad de Deusto.

MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A. (2014). *Quo legitima tangitur. La intangibilidad cualitativa de la legítima.* Discurso leído el día 15 de diciembre de de 2014 en el acto de su recepción como Académico de Número, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia. Madrid: Dykinson.

NUÑEZ LAGOS, R. (1964). Las cautelae y su época, *Revista de Derecho Notarial,* julio-diciembre.

PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P. (2014). Alcance y límites de la prohibición testamentaria de que los herederos acudan a la intervención judicial en la cautela *Socini*. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2014 *(RJ* 2014, 3116). *Revista de Derecho Patrimonial 35,* septiembre-diciembre.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2004). *La cautela gualdense o Socini y el artículo 820.3.º del Código civil*, Madrid: Dyknson.

REAL PÉREZ, A. (1988). *Intangibilidad cualitativa de la legítima.* Madrid: Civitas.

— (1988). *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código civil*. Madrid: Montecorvo.

RIVAS MARTÍNEZ, J. J. (2009). *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, Tomo II, 4.ª ed. Madrid: Dykinson.

ROCA SASTRE, R. M.ª (1948). *Estudios de Derecho Privado II. Sucesiones.* Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado.

SÁNCHEZ SOCÍAS, L. (2015). La constitucionalidad de la cautela *Socini* y sus consecuencias sobre la naturaleza de la legítima. *El Notario del Siglo XXI núm. 59,* enero-marzo, 154 y sigs.

— (2015). La generalización de la cautela *socini*. *Fernando Herrero-Tejedor Algar, Liber Amicorum*, Madrid: Colex, 827 y sigs.

SAPENA TOMÁS, J. (1974). Viabilidad del usufructo universal del cónyuge viudo: su inscripción registral. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 503, 861 y sigs.

SÁENZ DE SANTAMARÍA TINTURE, I. (1951). ¿Es viable el usufructo universal a favor del cónyuge viudo en nuestro Derecho civil existiendo herederos forzosos? *Revista de Derecho Privado*, núm. 417, 995 y sigs.

SÁNCHEZ-ROS GÓMEZ, J. M. (2017). La cautela *Socini*: La necesidad de un nuevo planteamiento. 21 de febrero de 2017. http://www.notariadesevillanervion.com/2017/02/la-cautela-Socini-la-necesidad-de-un.html

VALLET DE GOYTISOLO, J. (1982). *Panorama de Derecho de Sucesiones*, I. Madrid: Civitas.

— (1982). *Panorama de Derecho de Sucesiones, II, Perspectiva Dinámica.* Madrid: Civitas.

— (1964). Cautelas de opción compensatoria de la legítima. RDN 45-46, julio-diciembre, 207-294.

— (1963). Perspectiva histórica de las cautelas de opción compensatoria de la legítima. *Anuario de Derecho civil*, Vol. 16, núm. 2, 281 y sigs.

— (1962). La opción legal del legitimario cuando el testador ha dispuesto un usufructo o una renta vitalicia que sobrepase la porción disponible. *ADC*, 594 y sigs.

NOTAS

[1] Como señala VALLET DE GOYTISOLO, J. (1963). Perspectiva histórica de las cautelas de opción compensatoria de la legítima. *Anuario de Derecho civil*, Vol. 16, núm. 2, 282, Las legítimas tienen cuantitativamente y cualitativamente fijado su contenido por las normas. Tienen predeterminado *quantum y quale*.

[2] La STS de 18 de julio de 2012 *(RJ* 2012, 8364) lo expresa en los siguientes términos: «Se distinguen dos tipos de intangibilidad de la legítima: la cuantitativa y la cualitativa. Con el segundo tipo, la ley impide al testador imponer un gravamen al legitimario, mientras que en virtud de la intangibilidad cuantitativa, se impide otorgar menos de lo que por legítima corresponda. El primer tipo está previsto en el artículo 813.2 del Código civil, y su incumplimiento produce la anulación del gravamen, mientras que el segundo se encuentra en el artículo 815 del Código civil y da lugar al complemento de la legítima. Por tanto, ninguno de estas lesiones produce la nulidad. La intangibilidad afecta al causante, que no puede ni gravar al legitimario, ni dejarle menos de lo que por legítima le corresponda y abre las acciones que este tiene para corregir las disposiciones que le perjudican. Cuando la lesión la produce la partición, no se puede hablar de intangibilidad, sino de corrección de las operaciones particionales».

[3] CAPILLA RONCERO, F. (2016). Comentario al artículo 813 del Código civil. En *Código civil Comentado*, vol. II, A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (Dirs.), 2.ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 809. Señala Cabezuelo Arenas, A. L (2014). Validez de prohibición de impugnar el testamento articulada a través de «cautela Socini». STS de 17 de enero de 2014. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 6/2014 parte Estudios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. BIB 2014/3361, 3, que también es posible utilizar la cautela *Socini* para conceder al viudo un usufructo universal con facultad de disponer en caso de necesidad de los bienes hereditarios, o un fideicomiso de residuo incluso en su modalidad *si aliquid supererit*, siempre que se garantice que los hijos que se nieguen a aceptarlo, recibirán su legítima estricta, pues tal gravamen no lesiona en modo alguno los derechos de estos últimos. «Los descendientes así gravados decidirán libremente lo que estimen más conveniente: si la legítima libre, o la recompensa prevista para quienes deciden arriesgarse soportando gravámenes como aquellos, que comportan que acaso nada quede a la muerte del viudo, tras hacer uso de unas facultades exorbitantes concedidas por el testador y que ellos se avienen a tolerar. En este sentido, diremos que, los descendientes voluntariamente se someten a un alea: que resten bienes para ellos dependerá de que finalmente no sean ejercitadas dichas facultades por el viudo, agotando el caudal hereditario por completo».

[4] Destaca MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A. (2014). *Quo legitima tangitur. La intangibilidad cualitativa de la legítima.* Discurso leído el día 15 de diciembre de 2014 en el acto de su recepción como Académico de Número, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia. Madrid: Dykinson, 119, que La cautela *socini* ha rendido —y rinde— un extraordinario servicio para conciliar la extensión universal del usufructo con la intangibilidad de la legítima.

[5] Para MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A. (2014). *Op. cit.,* 49, esta norma «constituye un dique que amenaza verse desbordado por las reformas introducidas en otros preceptos del Código civil y la presión de una realidad social que exige, cuando menos, una interpretación más flexible de la que se ha venido haciendo».

[6] RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2004). *La cautela gualdense o Socini y el artículo 820.3.º del Código civil*, Madrid: Dykinson, 92. LACRUZ, J. L. (2009). *Elementos de Derecho civil V*, 4.ª ed. revisada y puesta al día por J. Rams Albesa, Madrid: Dykinson, 374. CAPILLA RONCERO, F. (2016). Comentario al artículo 813 del Código civil, *cit.,* 810, entiende que la prohibición comprende también el modo o el término o cualesquiera otros casos que signifiquen que se atribuyen inadecuadamente las legítimas.

[7] Sin embargo, no sucede lo mismo en el Derecho foral, y, así, por ejemplo, sin perjuicio de que ya lo hicieran con anterioridad, el actual Código de Sucesiones de Cataluña regula expresamente la cautela *Socini* en su artículo 451-9.

[8] Así, lo hace en la STS de 17 de enero de 2014, como destaca SÁNCHEZ SOCÍAS, L. (2015). La constitucionalidad de la cautela *socini* y sus consecuencias sobre la naturaleza de la legítima. *El Notario del Siglo XXI núm. 59,* enero-marzo, 154.

[9] LASARTE, C. (2018). *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho civil VII*, 13.ª ed. Madrid: Pons, 203.

[10] Entre otros, FUENMAYOR, A. (1948). Intangibilidad de la legítima. *Anuario de Derecho civil*, enero-marzo, 58; SAPENA TOMÁS, J. (1974). Viabilidad del usufructo universal del cónyuge viudo: su inscripción registral. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 503, 874; BORRACHERO, M. (1955). Usufructo universal del cónyuge viudo en el del Código civil. *Revista de Derecho Privado,* 374-377. BUSTO LAGO, J. M.ª (2012). Legítimas y reservas. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Manual de Derecho civil. Sucesiones*, 2.ª ed. Madrid: Bercal, 219 y 220. En general, se argumenta que el inciso final del artículo 813. 2 del Código civil se refiere al usufructo legal como aclaración, y no como excepción, a la antinomia que pudiera darse entre esta norma y la legítima del cónyuge viudo.

[11] RÁGEL SÁNCHEZ, L. F. (2004). *Op. cit.,* 92.

[12] En este sentido, SÁENZ DE SANTAMARÍA TINTURE, I. (1951). ¿Es viable el usufructo universal a favor del cónyuge viudo en nuestro Derecho civil existiendo herederos forzosos? *Revista de Derecho Privado*, núm. 417, 995 y sigs. El autor entiende que si lo que el legislador ha pretendido es establecer una prohibición que afecta al testador, y a continuación, efectúa una salvedad, esta también ha de entenderse referida a aquel, siendo otra cosa un contrasentido. *Vide,* también, REAL PÉREZ, A. (1988). *Intangibilidad cualitativa de la legítima.* Madrid: Civitas, 102 y 103 y, recientemente, MARTÍNEZ SANCHIZ J. A. (2014). *Op. cit.,* 127.

[13] *RJ* 2013, 4628.

[14] La cursiva es mía.

[15] GALICIA AIZPURUA, G. (2018). *Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil.* Madrid: Tecnos, 603.

[16] *Propuesta…*, *Op. cit.,* 193 y 194.

[17] Sobre sus orígenes, vide VALLET DE GOYTISOLO, J. (1962). La opción legal del legitimario cuando el testador ha dispuesto un usufructo o una renta vitalicia que sobrepase la porción disponible. *ADC* 1962, 594 y sigs. Destaca la doctrina que la cautela de opción compensatoria en realidad fue formulada por Durantes en 1540, aunque se atribuya a Socino, lo que puede obedecer a que no se difundió suficientemente en la

época del primero o a que Socino expuso con mayor lucimiento la formula ya empleada por otro. *Vide,* por todos, RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2004). *Op. cit.,* 125.

[18] RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2004). *Op. cit.,* 119.

[19] *RJ* 2003, 4628.

[20] IRÚRZUN GOICOA, D. (2011). La Cautela *SOCINI* y la práctica notarial. *El Notario del Siglo XXI* núm. 37, mayo-junio, 158.

[21] Así, REAL PÉREZ, A. (1988). *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código civil*. Madrid: Montecorvo, 174, reserva la expresión cautela *Socini stricto sensu* a los supuestos en los que el testador deja a su cónyuge el usufructo universal con la facultad de opción a favor de los legitimarios. También, la SAP de Madrid de 19 de mayo de 2008 *(JUR* 2008, 213734) afirma que el concepto clásico o propio de cautela *socini* es el del usufructo universal del cónyuge viudo que grava la legítima a cambio de una institución en mayor porción de bienes.

[22] En concreto, CABEZUELO ARENAS, A. L. (2014), Validez de prohibición de impugnar el testamento articulada a través de la cautela *Socini*. *Op. cit.,* 2, afirma que «las cautelas de opción compensatoria no solo son aptas para premiar a los descendientes que se pliegan a aceptar el usufructo universal del cónyuge viudo, sino también a quienes no desobedecen el mandato del causante consistente, esta vez, en no impugnar el testamento o algunas de sus disposiciones. Incluso pudiera darse la circunstancia de que ambas misiones se conjugaran.

[23] *RJ* 2018, 5392.

[24] *RJ* 2010, 5158.

[25] REAL PÉREZ, A. (1988). *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código civil. Op. cit.* 186; CABEZUELO ARENAS, A. L. (2002), *Diversas formas de canalización de la cautela socini.* Valencia:Tirant lo Blanch, 174.

[26] VALLET DE GOYTISOLO, J. (1963). Perspectiva histórica… *Op. cit.,* 324 y sigs. En la doctrina, ALEMÁN URIS, J. (2014). Cautela *socini*: análisis a propósito de la STS 17/1/2014. *Revista OnLine de Estudiantes de Derecho ROED* Número 4. Sección monográfica, se ha cuestionado la coherencia de este razonamiento con las tesis anteriores del propio autor, puesto que si se justifica que el causante no infringe la intangibilidad cualitativa legitimaria en tanto cumpla con el deber legal de atribuir la legítima pura al heredero forzoso, no tiene lógica añadir la exigencia de que la disyuntiva que se ofrece al legitimario sea de mayor *quantum*.

[27] ROCA SASTRE, R. M.ª (1948). *Estudios de Derecho Privado II. Sucesiones,* Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 176; LACRUZ, J. L. (2009). *Op. cit.,* 380; CABEZUELO ARENAS, A. L. (2002), *Diversas formas de canalización de la cautela Socini. Op. cit.,* 173. REAL PÉREZ, A. (1988), *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código civil. Op. cit.,* 185. También, ALEMÁN URIS, J. (2014). *Op. cit.,* 24, mantiene que: En la alternativa a la legítima se puede ofrecer cualquier tipo de atribución o beneficio con independencia de su entidad o su cuantía, con tal de que a través de la otra disyuntiva cumpla el causante el deber legal. Una opción de menor *quantum* que el valor que le corresponde al heredero forzoso por legítima estricta no desvirtúa el hecho de que el *de cuius* cumple con no menoscabar aquella.

[28] FUENMAYOR, A. (1948). Intangibilidad de la legítima. *Op. cit.,* 68.

[29] *JUR* 2001, 213381.

[30] La cursiva es mía.

[31] REAL PÉREZ, A. (1988). *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código civil*. *Op. cit.,* 188 y 189. Esta autora niega con rotundidad la admisión de la cautela *socini* tácita en nuestro derecho (272).

[32] RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2004). *Op. cit.,* 304 y 305.

[33] SAPENA, J. (1973). *Op. cit.,* 868. Por su parte, ROCA SASTRE, R. M.ª (1948). *Estudios de Derecho Privado II. Sucesiones,* Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 177, afirma que el artículo 820.3 del Código civil «no consagra concretamente la cláu-

sula *Socini*, pues no se refiere al caso de existir en un testamento una cláusula de esta índole; pero hace más: admite e impone el juego específico de la cláusula *Socini*, aun sin el empleo de tal cáusula». Ahora bien, a continuación, este autor afirma que, si el artículo 820 aplica por ministerio de la ley el mecanismo propio de la cláusula *Socini*, con mayor razón hay que considerar que es posible y plenamente válida y eficaz en Derecho común *la verdadera cláusula Socini*, puesta en un testamento….

[34] *RJ* 2003, 4628.

[35] Tras esta interpretación del Tribunal Supremo, algún autor, como CABEZUELO ARENAS, A.L., cambia de opinión y pasa, de defender la necesidad de que la cautela sea expresa (*Diversas formas de canalización de la cautela Socini*, *cit.,* 175-177) a admitir la cautela tácita, que se reconduce al artículo 820.3 del Código civil (Validez de prohibición de impugnar el testamento…, *cit.,* 8).

[36] *RJ* 2010, 5158.

[37] *RJ* 2012, 1365.

[38] CAPILLA RONCERO, F. (2016). Comentario al artículo 813 del Código civil. *Op. cit.,* 819.

[39] En la línea apuntada, RIVAS MARTÍNEZ, J. J. (2009). *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, Tomo II, 4.ª ed. Madrid: Dykinson, 1442, mantiene que el artículo 820.3 recoge una hipótesis distinta a la cautela *socini*.

[40] *AC* 2000, 2181.

[41] Se manifiesta en sentido contrario la SAP de Valencia de 5 de febrero de 2015 *(AC* 2015, 531) al afirmar que la fórmula jurídica conocida como cautela *socini* está regulada en el artículo 820 del Código civil. Por su parte, la SAP de Málaga de 10 de diciembre de 2015 *(AC* 2016, 1142) se refiere a la cláusula *Socini*, tácita, presunta o *ex lege* (art. 820.3 CC), y la SAP de Alicante de 10 de junio de 2016 *(JUR*, 2016, 245442) si bien en un primer momento afirma que el artículo 820.3, sin llegar a una completa identidad con la cautela *Socini*, despliega efectos semejantes, posteriormente declara que el Código civil la incorpora en el citado precepto.

[42] REAL PÉREZ, A. (1988), *Usufructo Universal del cónyuge viudo en el Código civil*. *Op. cit.,* 271, 272, y 289 a 291. CABEZUELO ARENAS, A. L. (2002). *Diversas formas de canalización de la acutela socini*. *Op. cit.,* 187.

[43] CAPILLA RONCERO, F. (2016). Comentario al artículo 820 del Código civil. En *Código civil Comentado*, Vol. II, A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (Dirs.), 2.ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 861; BERROCAL LANZAROT, A. (2014). La cautela *Socini*: caracterización y alcance de su validez testamentaria. *Actualidad Civil*, núm. 12, LA LEY 8344\2014, 8. Para SÁNCHEZ SOCÍAS, L. (2015). La generalización de la cautela *socini*, *Fernando Herrero-Tejedor Algar, Liber Amicorum*. Madrid: Colex, 834, la cautela *socini* permite elegir entre la legítima estricta o lo previsto por el testador, que puede ser mucho más que el mínimo que corresponda por ley o muy poco más. En cambio, en el supuesto del artículo 820.3 del Código civil la alternativa a aceptar la disposición testamentaria está relacionada con la legítima amplia, que solo deja fuera el tercio de libre disposición. En contra, RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2004). *Op. cit.,* 249) entiende que en este caso el legitimario debería entregar la parte de libre disposición y, además, la cuota legal usufructuaria.

[44] CABEZUELO ARENAS, A. L. (2002), *Diversas formas de canalización de la cautela*, *cit.,* 140.

[45] CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J. (2010). Cautela *Socini* y conflicto de intereses. En *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*, J. C. Sánchez González, F. J. Gardeazábal del Río, y P. J. Garrido Chamorro (Coords.). Cizur Menor: Aranzadi, 1023.

[46] Sobre las distintas cuestiones que puede plantear este requisito, *vide* CABEZUELO ARENAS, A. L. (2002). *Diversas formas de canalización de la acutela socini. Op. cit.,* 180 y sigs.

[47] REAL PÉREZ, A. (1988). *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código civil*. *Op. cit.,* 189 y 190. VALLET DE GOYTISOLO, J. (1964). Cautelas de opción compensatoria de la legítima. *Op. cit.,* 263.

[48] RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2004). *Op. cit.,* 106.

[49] RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2004). *Op. cit.,* 166 y 167.

[50] FUENMAYOR, A. (1948). «Intangibilidad de la legítima». *Op. cit.,* 65.

[51] ALEMÁN URIS (2014). *Op. cit.,* 6.

[52] *RJ* 2014, 4795.

[53] SÁNCHEZ SOCÍAS, L. (2015). La constitucionalidad de la cautela *socini* y sus consecuencias sobre la naturaleza de la legítima. *Op. cit.,* 155.

[54] ARTERO MONTALVÁN, F. (2018). La Cláusula Angélica. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2018, 1 de septiembre de 2018. http://blogmartinezcardona.blogspot.com/2018/09/la-clausula-angelica-proposito-de-la.html.

[55] STS de 21 de noviembre de 2011 *(RJ* 2012, 1365), de 17 de enero de 2014 *(RJ* 2015, 6242), de 3 de septiembre de 2014 *(RJ* 2014, 4795), de 21 de abril de 2015 *(RJ* 2015, 1913) y de 19 de julio de 2018 *(RJ* 2018, 2950).

Con anterioridad, *vide* las SSTS de 29 de diciembre de 1939 *(RJ* 1939, 105), de 12 de diciembre de 1959 *(RJ* 1959, 4499), de 3 de diciembre de 2001 *(RJ* 2001, 9925), de 10 de julio de 2003 *(RJ* 2003, 4628) y de 15 de junio de 2007 *(RJ* 2007, 5122).

[56] RRDGRN de 15 de mayo de 2002 *(RJ* 2002, 8572), de 14 de diciembre de 2006 *(RJ* 2006, 9706), de 4 de septiembre de 2012 *(RJ* 2012, 10396), de 11 de diciembre de 2012 *(RJ* 2013, 716), de 5 de febrero de 2015 *(RJ* 2015, 2313), de 22 de junio de 2015 *(RJ* 2015, 3733) y, muy recientemente, de 16 de octubre de 2019 (BOE de 22 de noviembre de 2019).

[57] Para un estudio completo sobre los distintos argumentos contrarios a la validez de la cautela, *vide* CABEZUELO ARENAS, A. L. (2002). *Diversas formas de canalización de la cautela socini*. *Op. cit.,* 191 y sigs.

[58] ESPINAR LAFUENTE, F. (1956). *La herencia legal y el testamento*. Barcelona: Bosch, 396 y 397.

[59] ROCA SASTRE, R. M.ª (1948). *Op. cit.,* 176. REAL PÉREZ, A. (1988), *Usufructo del cónyuge viudo en el Código civil. Op. cit.,* 197.

[60] NÚÑEZ LAGOS, R. (1964). Las cautelae y su época. *Revista de Derecho Notarial,* julio-diciembre*,* 372. ESPINAR LAFUENTE, F. (1996). *Op. cit.,* 396 a 398.

[61] VALLET DE GOYTISOLO, J. (1982). *Panorama de Derecho de Sucesiones, II, Perspectiva Dinámic.,* Madrid: Civitas, 48. En esta dirección, FUENMAYOR, A. (1948). Intangibilidad de la legítima. *Op. cit.,* 67, defiende que el legitimario «es libre en todo momento de rechazar la oferta de la cláusula y percibir, sin limitación alguna, su legítima estricta. Por este motivo, porque todo depende de la libre voluntad del legitimario, debe evidentemente rechazarse por exagerada, la opinión de aquellos autores que no vacilan en calificar de inicuo el procedimiento que la cautela ofrece como instrumento hábil para burlar en cierta medida el principio de que la cuota legitimaria ha de ser transmitida libre de todo gravamen o limitación».

[62] HERNÁNDEZ GONZALEZ, L. (1946).La cuota vidual y su regla fija. *RGLJ*, 394, IGLESIAS LÓPEZ DE VIVIGO, P. (1950). Una cláusula de estilo que proclama el usufructo universal y vitalicio del cónyuge viudo. *RGLJ,* septiembre, 284.

[63] LACRUZ, J. L. (2009). *Op. cit.,* 379.

[64] REAL PÉREZ, A. (1998). Usufructo universal…, *Op. cit.,* 212. VALLET DE GOYTISOLO, J. (1964). Cautelas de opción compensatoria de la legítima, 208-210.

[65] Destacaba FUENMAYOR, A. (1948). Intangibilidad de la legítima. *Op. cit.,* 71, que así sucede, cuando el testador grave la legítima y atribuya al titular de esta un legado prohibiéndole exigir a los coherederos la formación de inventario. La cautela es entonces ilícita por cuanto priva al heredero forzoso de la única vía de averiguación de la cuantía de su cuota y viene de tal modo a cercenarle los derechos que la ley le reconoce.

[66] *RJ* 2015, 6242. Doctrina y jurisprudencia fechan esta sentencia en 17 de enero. En CENDOJ, consta como STS de 10 de junio de 2014.

[67] SÁNCHEZ SOCÍAS, L. (2015). La constitucionalidad de la cautela *socini* y sus consecuencias sobre la naturaleza de la legítima. *Op. cit.,* 154.

[68] LACRUZ, J. L. (2009). *Op. cit.,* 381.

[69] VALLET DE GOYTISOLO, J. (1964). Cautelas de opción compensatoria de la legítima. *Op. cit.,* 261 y 262.

[70] REAL PÉREZ, A. (1988) *Usufructo universal del cónyuge viudo… Op. cit.,* 221 a 224. LLEDÓ YAGUE, F. (1992). *Derecho de Sucesiones*. Vol. (I), Bilbao: Universidad de Deusto, 198. LASARTE, C. (2018). *Op. cit.,* 205: CABEZUELO ARENAS, A. L. (2002). *Diversas formas de canalización de la cautela socini. Op. cit.,* 201 y sigs. y (2003). Reflexiones sobre la cautela *socini.* En *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. IV. Madrid: Thomson Reuters Civitas, 5150 y 5151.

[71] VALLET DE GOYTISOLO, J. (1982). *Panorama de Derecho de Sucesiones*, I, Madrid: Civitas, 643.

[72] FUENMAYOR, A. (1948). Intangibilidad de la legítima. *Op. cit.,* 71. Por su parte, LACRUZ, J. L. (2009). *Op. cit.,* 379, incluye las prohibiciones de intervención judicial entre las limitaciones que más frecuentemente se ponen en alternativa con la legítima. Con algún matiz, FAJARDO FERNÁNDEZ, J. (2016). Comentario a la Sentencia de 17 de enero de 2014. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 100, enero-abril, 9 de 17, admite las cláusulas prohibitorias entre las socinianas, pero advierte de los problemas específicos que plantean las primeras y que no se solventan con el solo cambio de nombre.

[73] FUENMAYOR, A. (1964). Intangibilidad de la legítima. *Op. cit.,* 71.

[74] VALLET DE GOYTISOLO, J. (1984). *Panorama del Derecho de Sucesiones, II.* Madrid: Civitas, 146.

[75] CAPILLA RONCERO (1987). Nulidad e impugnabilidad del testamento. *ADC,* 16.

[76] *RJ* 2015, 6242.

[77] *RJ* 2018, 1688.

[78] La cursiva es mía.

[79] En la actualidad, ha de tenerse en cuenta el artículo 831.1 del Código civil en su nueva redacción.

[80] *RJ* 1959, 4499.

[81] *RJ* 1980, 1016.

[82] *RJ* 1999, 4103.

[83] *RJ* 1994, 6979.

[84] *RJ* 2013, 8072.

[85] *RJ* 2009, 2006.

[86] *RJ* 2015, 6242.

[87] *RJ* 2007, 51.

[88] *RJ* 2012, 1365.

[89] *RJ* 2015, 6242.

[90] La STS de 15 de junio de 2007 no se pronuncia sobre esta cuestión, puesto que no fue objeto de recurso.

[91] SÁNCHEZ SOCÍAS, L. (2015). La constitucionalidad de la cautela *socini* y sus consecuencias sobre la naturaleza de la legítima. *Op. cit.,* 156.

[92] *RJ* 2015, 6241.

[93] Sobre la cáusula prohibitiva a la luz del derecho de la tuela judicial efectiva *vide* SÁNCHEZ SOCÍAS, L. (2015). La generalización de la cautela *socini*. *Op. cit.,* 840 y sigs

[94] *JUR* 2018, 193772.

[95] PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P. (2014). Alcance y límites de la prohibición testamentaria de que los herederos acudan a la intervención judicial en la cautela *Socini*, Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2014 *(RJ* 2014, 3116). *Revista de Derecho Patrimonial 35,* septiembre-diciembre, 16 de 18.

[96] *Ibidem.*

[97] Esto es, precisamente, lo que sucede en el supuesto contemplado en la SAP de Alicante de 5 de mayo de 2017 *(JUR* 2018, 34126).

[98] VALLET DE GOYTISOLO, J. (1963). Perspectiva histórica de las cautelas de opción compensatoria de la legítima. *Op. cit.,* 284.

[99] Como defiende CAPILLA RONCERO, F. (2016). Comentario al artículo 813 del Código civil. *Op. cit.,* 819, Los incentivos para la aceptación voluntaria de menoscabos de la legítima orillan solamente la prohibición de gravar a esta, pero no dan patente de corso para que un legitimario pierda atribuciones a cambio de aceptar situaciones prohibidas por la ley por otros motivos. Por ello, no se admiten las limitaciones o gravámenes consistentes en prohibiciones de impugnación judicial del testamento, en los casos en que haya nulidad declarada por la ley (art. 675.2.º párr. CC), lo cual incluye la impugnación de disposiciones testamentarias lesivas de las legítimas (STS de 8 de noviembre de 1967 [*RJ* 1967, 5114]); ni las prohibiciones de litigar, cuando los legitimarios impugnan actos simulados en perjuicio de sus legítimas (STS de 10 de julio de 1954 [*RJ* 1954, 2028]).

[100] En particular, IRURZUN GOICOA, D. (2011). La cautela *socini* y la práctica notarial. *Op. cit.,* 159, destaca que: No ha de olvidarse tampoco el factor tiempo, en cuanto al momento de ejercicio de la opción por los legitimarios, que resulta de gran trascendencia, en un doble sentido. Inicialmente por las complicaciones que puede originar una actitud pasiva o renuente de los legitimarios que demoran su decisión. Y, por otra parte, si las varias decisiones se escalonan cronológicamente (es claro que no se puede exigir que sean simultáneas), en cuanto la decisión de algunos de ellos influye psicológicamente en la que otros legitimarios han de adoptar más tarde. Piénsese, por ejemplo, en que, salvo uno que aún medita su decisión, todos los demás legitimarios han aceptado la cláusula de usufructo universal en favor del cónyuge viudo. Esta generalización supone de hecho una coacción al indeciso que, en caso de discrepancia, solo podría recibir el pleno dominio de su participación en el tercio de legítima estricta.

[101] *RJ* 2015, 2313.

[102] En esta dirección, vide las Resoluciones de la DGRN de 15 de mayo de 2002 *(RJ* 2002, 8572), de 14 de diciembre de 2006 *(RJ* 2006, 9706) y de 18 de junio de 2013 *(RJ* 2013, 6663).

[103] *RJ* 2015, 373.

[104] *BOE* de 22 de noviembre de 2019.

[105] IRURZUN GOICOA, D., La Cautela *SOCINI* y la práctica notarial. *Op. cit.,* 159.

[106] CASTÁN PÉREZ GÓMEZ, J. (2010). *Op. cit.,* 1024 y sigs. Vidé, también, MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A. (2014). *Op. cit.,* 118 y sigs

[107] CASTÁN PÉREZ GÓMEZ, J. (2010). *Op. cit.,* 1028 y sigs

[108] CABEZUELO ARENAS, A. L. (2014). Validez de prohibición de impugnar… *Op. cit.,* 11.

[109] SÁNCHEZ-ROS GÓMEZ, J. M. (2017). La cautela *Socini*: La necesidad de un nuevo planteamiento. 21 de febrero de 2017. http://www.notariadesevillanervion.com/2017/02/la-cautela-Socini-la-necesidad-de-un.html

[110] CABEZUELO ARENAS, A. L. (2014). Validez de prohibición de impugnar…, *Op. cit.,* 4.

[111] IRURZUN GOICOA, D. (2012). La cautela Socini revitalizada. En un testamento a favor de la viuda y la familia. *Revista Jurídica del Notariado*, núm 83, 410.

[112] CASTÁN PÉREZ GÓMEZ, J. (2010). *Op. cit.,* 1022 y 1023.

(Trabajo recibido el 10-3-2020 y aceptado para su publicación el 18-5-2020)

La buena o mala fe del tercero *ex* artículo 34 de la Ley Hipotecaria cuando la situación posesoria no coincide con la publicidad registral

The good or bad faith of the third party ex article 34 of the Spanish Mortgage Law when the possessory situation does not coincide with the information provided by the registry advertising

Por

ANA LÓPEZ FRÍAS
Profesora Titular de Universidad
Universidad de Granada

RESUMEN: La situación que constituye el objeto principal de estudio en el presente trabajo es la siguiente: un sujeto compra un inmueble confiando en lo que el Registro de la Propiedad publica e inscribe su adquisición, pero sucede que quien en ese momento está poseyendo la finca en concepto de dueño no es el transmitente y titular registral. ¿Significa tal circunstancia que debe considerarse de mala fe a dicho adquirente, lo que excluye la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y le expone a la reclamación

del *verus dominus*? Para contestar a esta pregunta con fundamento se analiza una selección de la jurisprudencia existente en la materia, se exponen las opiniones y argumentos elaborados al respecto en la doctrina, y se detallan las consideraciones que, a juicio de la autora, deben tenerse en cuenta para afirmar la buena o mala fe del tercero cuando la situación posesoria y la realidad registral son discordantes.

ABSTRACT: The situation which constitutes the main object of study in this paper may be described as follows: a subject acquires a property trusting in what is published by the Spanish Land Registry and then registers this acquisition. Nevertheless, it may happen that the person who at that moment is in possession of the property as its owner is not the transferor or registered owner. Does this mean that the acquirer must be considered in bad faith, which excludes the application of article 34 of the Spanish Mortgage Law and exposes him to the claim of the verus dominus? In order to answer this question, a selection of existing case law on the subject will be analyzed, the opinions and arguments developed in the doctrine will be discussed, and the considerations that, in the author's opinion, should be taken into account in order to confirm the good or bad faith of the third party when the possessory situation and the registry reality do not coincide will be detailed.

PALABRAS CLAVE: Buena fe. Tercero hipotecario. Fe pública registral. Posesión en concepto de dueño.

KEY WORDS: Good faith. Third-party mortgage holder. Public register faith. Owner's possession.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LOS SUPUESTOS EN LOS QUE HA SURGIDO EL PROBLEMA OBJETO DE ESTUDIO: VISIÓN JURISPRUDENCIAL DEL BINOMIO POSESIÓN-FE PÚBLICA REGISTRAL: 1. Casos de doble venta voluntaria. 2. Casos de adjudicación a un tercero de un inmueble ajeno a su titular registral. 3. Otros supuestos. 4. Recapitulación.—III. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA MALA FE DEL TERCERO SI QUIEN POSEE EN CONCEPTO DE DUEÑO NO ES EL TITULAR REGISTRAL: 1. La posesión como mecanismo relevante de publicidad. 2. La oponibilidad de las servidumbres aparentes. 3. La diligencia del artículo 36 de la Ley Hipotecaria. 4. La dimensión ética de la buena fe.—IV. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA POSIBLE BUENA FE DEL TERCERO CUANDO HAY DISCORDANCIA ENTRE LA APARIEN-

CIA POSESORIA Y EL REGISTRO: 1. La primacía de la publicidad registral sobre la posesión. 2. El buen funcionamiento del mercado. 3. Otra visión de la relación entre los artículos 34 y 36 de la Ley Hipotecaria. 4. Crítica del argumento ético.—V. ¿INCLINACIÓN DE LA BALANZA? RAZONES Y MATICES: 1. La oponibilidad de las servidumbres aparentes no inscritas: ¿carácter absoluto? 2. Un argumento a favor de la posible buena fe del tercero: los criterios de atribución de la propiedad inmobiliaria en el artículo 1473 del Código civil. 3. La ambigüedad de las situaciones posesorias y la búsqueda de la seguridad en las transacciones inmobiliarias. 4. La importancia de los datos concretos del caso. 5. La posesión prolongada en el tiempo de un primer adquirente y la usucapión *contra tabulas*.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

Nadie duda de que el principio de fe pública registral, con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria como norma bandera a la cabeza, es un principio básico en nuestro ordenamiento. La protección del tercero hipotecario se considera por todos como una de las principales razones de ser del Registro de la Propiedad, que precisamente por otorgar esa protección al adquirente que reúne ciertos requisitos proporciona certeza y seguridad al tráfico jurídico inmobiliario. Pero también es un criterio esencial en nuestro ordenamiento el principio de buena fe, y por ello mismo está *incrustado* en la fe pública registral como elemento imprescindible para su operatividad.

¿Qué significado tiene la buena fe en el ámbito hipotecario? Sabemos que no se trata de un concepto abierto porque el legislador se ha encargado de precisar en qué consiste, atribuyéndole un perfil propio[1]. Para la Ley Hipotecaria, la buena fe de quien confía en el contenido del Registro se identifica con la ignorancia de su inexactitud, según resulta, al menos indirectamente, del artículo 34.2. Dicho así parece que estamos ante una cuestión sencilla: solo será de mala fe el que conozca que la realidad jurídica no se corresponde con la publicidad registral. Sin embargo, la determinación y valoración de ese conocimiento no resulta tan fácil, y prueba de ello es que en la mayor parte de las sentencias del Tribunal Supremo que se refieren en las últimas décadas a la protección del tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, el asunto central, el principal problema sometido a discusión es precisamente si hubo o no mala fe de quien invoca su condición de tercero hipotecario.

El presente trabajo aborda este problema, pero referido específicamente a los casos en que lo publicado por el Registro no se corresponde con la si-

tuación posesoria del inmueble, de modo que el titular registral-transmitente no es quien posee en concepto de dueño la finca litigiosa. La pregunta es entonces si esa posesión discordante con la información registral desvirtúa la presunción de buena fe del adquirente que inscribe su derecho, impidiendo la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

El análisis de la referida cuestión nos conduce, en primer lugar, a estudiar los casos en que la misma se ha planteado en la jurisprudencia y las soluciones que en ella ha encontrado. A continuación expondremos los argumentos que la doctrina ha esgrimido a favor de la buena o mala fe del tercero en la hipótesis planteada, para finalmente explicar las razones y matices que definen nuestra postura.

II. LOS SUPUESTOS EN LOS QUE HA SURGIDO EL PROBLEMA OBJETO DE ESTUDIO: VISIÓN JURISPRUDENCIAL DEL BINOMIO POSESIÓN-FE PÚBLICA REGISTRAL

1. Casos de doble venta voluntaria

En repetidas ocasiones, la jurisprudencia española ha enjuiciado casos en los que el titular registral de un inmueble lo ha vendido a diferentes personas, en virtud de contratos distintos, dándose la circunstancia de que el primer comprador ha tomado posesión del inmueble pero no lo ha inscrito a su nombre en el Registro de la Propiedad, mientras que el segundo comprador sí ha inscrito. El problema de qué adquisición debe prevalecer (si la del comprador-poseedor o la del comprador inscrito), no siempre se ha enfocado en los tribunales de igual manera. Así, como se sabe, ha habido una línea jurisprudencial, especialmente presente en la década de los noventa y en los primeros años de este siglo, que ha excluido la aplicación al supuesto apuntado del artículo 1473 del Código civil, argumentando que los criterios de atribución de la propiedad previstos en dicho precepto exigen una cierta proximidad temporal entre las ventas realizadas y que la primera venta no se haya consumado mediante la entrega de la cosa y el pago del precio, pues en tal caso la segunda enajenación constituiría una venta de cosa ajena y no, propiamente, una doble venta[2]. Sin embargo, superado desde hace años tal planteamiento, y teniendo claro que el supuesto debatido cae bajo la aplicación de los artículos 1473 del Código civil en concordancia con los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, adquiere especial protagonismo la buena fe del segundo comprador, como elemento necesario para dar prioridad a su inscripción y convertir su adquisición en inatacable por virtud de la fe pública registral.

La cuestión de la buena o mala fe en el ámbito de la doble venta inmobiliaria, habiendo posesión del primer adquirente, es un tema clásico pero también actual, sobre el que nuestra jurisprudencia ha tenido que pronunciarse en distintos momentos. De entre las sentencias que han enjuiciado esta cuestión, exponemos a continuación algunas de las más relevantes, como muestra de la casuística existente en la materia y de la posición que al respecto ha adoptado el Tribunal Supremo a lo largo del tiempo.

1. Comenzando por la STS de 4 de marzo de 1988 *(RJ* 1988, 1554), su base fáctica es simple. En documento privado una sociedad promotora vende a un particular un piso, una plaza de garaje y un trastero de un determinado edificio situado en Zaragoza, inmuebles que se entregan al comprador. Dos años más tarde, la misma promotora vende de nuevo tales fincas a otro sujeto, ahora en escritura pública que se inscribe en el Registro de la Propiedad. Este segundo comprador ejercita acción reivindicatoria contra el primero, y el Tribunal Supremo la estima procedente. Así, el Alto Tribunal entiende que, aplicando los artículos 1473 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria, prevalece la adquisición del demandante como comprador que inscribe. Afirma que habiendo inscripción, no cuenta para nada la posesión del primer adquirente, «*por sobreponerse a ello el juego más importante y útil jurídicamente hablando, en provecho de la sociedad y de la seguridad jurídica, de la fe pública registra*l». Se dice que es así, «*contando obviamente con la buena fe del comprador inscrito*», que en el caso no se considera desvirtuada. En este sentido, argumenta la sentencia que «*si para estar amparado el adquirente del titular registral precisara del requisito de una previa investigación a ultranza de las vicisitudes extrarregistrales por las que atraviesa o ha atravesado la finca comprada, para el conocimiento exacto de la libertad y pureza de la transmisión, el instrumento jurídico del Registro de la Propiedad no tendría más valor que el de una mera oficina informativa sin alcances vinculatorios en el orden de las transmisiones de titularidad, lo que está en discordancia con la letra y el espíritu de las normas que lo regulan*»[3]. De esta forma, la sentencia no vincula la posesión del primer comprador con la mala fe del segundo, sino que, atendiendo a la razón de ser del Registro de la Propiedad y a las exigencias de seguridad del tráfico jurídico, da primacía a la aplicación del principio de fe pública registral sobre la apariencia posesoria.

2. Dando un salto temporal llegamos a la STS de 10 de octubre de 2006 (La Ley 129035/2006), cuyos hechos son los siguientes. David vendió a Hugo, mediante contrato privado, un terreno de 790 m^2. El comprador tomó posesión del inmueble y lo destinó a la venta de áridos. Pero dicho terreno formaba parte de una finca registral más amplia, de 3000 m^2, que David y su esposa vendieron a Rodrigo casi doce años después. Esta segunda venta se documentó en escritura pública y se inscribió en el Registro, de forma

que, como ocurrió en el caso anteriormente relatado, el segundo comprador ejercitó acción reivindicatoria sobre el terreno, dirigida contra Hugo y David. Llegado el asunto al Tribunal Supremo, este da por buena la apreciación de la mala fe del comprador inscrito realizada por la Audiencia, mala fe que se justifica en base a varias circunstancias, entre las que se encuentra el hecho de que el segundo adquirente era primo hermano del vendedor, vivía en una finca colindante al inmueble litigioso, se dedicaba a una actividad laboral similar a la del primer comprador (venta de materiales de construcción) e incluso trabajó para él. Estos y otros datos (como la posición procesal adoptada por el vendedor, que negó falsamente haber firmado la primera venta y que se allanó a las pretensiones del demandante), llevan tanto a la Audiencia como al Supremo al convencimiento de que Rodrigo conocía la inexactitud registral. Llegando a afirmar la Audiencia que existió «*un concierto entre reivindicante y vendedor para tratar de conseguir la apariencia de un tercero hipotecario*». También se aprecia en la instancia que en el caso se llegó a consumar la usucapión *contra tabulas* a favor del primer comprador, atendiendo al tiempo de posesión transcurrido y a la posibilidad real de que el tercero conociera esa posesión (art. 36 LH), si bien el Supremo no entra a valorar la posibilidad de la usucapión por no considerarlo necesario[4].

3. De especial relevancia es la conocida STS de 7 de septiembre de 2007 (La Ley 125166/2007), al tratarse de una resolución dictada por el Pleno de la Sala de lo Civil. En este caso el titular registral de un inmueble lo vendió en dos ocasiones, a un particular primero y posteriormente a una sociedad. Se documentaron ambos contratos en escritura pública, pero fue la sociedad que compró cinco años y medio después de que lo hiciera el otro sujeto quien inscribió su adquisición. El objeto de las compraventas fue parcialmente coincidente, pues primero se vendió una porción de una finca y posteriormente la totalidad de la misma. Se da la circunstancia de que en la segunda venta el titular registral actuó representado por su acreedor hipotecario, a quien además la compradora le pagó el préstamo que había recibido el vendedor y estaba garantizado con hipoteca sobre el inmueble enajenado. Una vez planteado el conflicto sobre la propiedad de la finca, el Supremo adopta en este caso una solución distinta a la de la sentencia recurrida, al considerar que la segunda compradora no actuó de buena fe porque pudo conocer la posesión del primer comprador a través de un «*signo de posesión tan elocuente*» como un cierre metálico que rodeaba el terreno objeto de la primera venta. Y, en todo caso, entiende el Alto Tribunal que si la sociedad desconocía la venta anterior y la posesión del otro comprador, «*solo a su notoria negligencia podía deberse tal desconocimiento y por eso la inscripción registral no debe decidir a su favor el conflicto sobre la propiedad de la finca litigiosa*»[5]. Por tanto, la perspectiva es aquí diferente a la que se aprecia en el supuesto anteriormente explicado, pues no se trata de que

un conjunto de circunstancias (incluida la posesión del primer comprador) lleven a considerar demostrado que el segundo comprador conocía la enajenación previa, sino que, se considere o no probado ese conocimiento, la mala fe va a derivarse en todo caso de la «negligencia del ignorante» que no ha investigado la situación posesoria del inmueble[6].

4. Años más tarde encontramos la STS de 29 de mayo de 2015 (La Ley 74347/2015), que aporta un caso de interés. Los copropietarios de un solar, en el que estaba construida una nave, lo vendieron en documento privado a un matrimonio (José Luis y Bernarda) en 1978. Posteriormente, en 2007, dos de los cinco cotitulares anteriores vendieron el 25% de la finca a una sociedad limitada que inscribió dicha cuota a su nombre. Esta sociedad solicitó judicialmente la división de la cosa común, dirigiendo su demanda contra José Luis y los herederos de Bernarda, pero los demandados formularón reconvención ejercitando una acción declarativa del dominio sobre la totalidad del inmueble. Se discute entonces si la sociedad es titular o no del 25% que compró, a lo que el Tribunal Supremo responde afirmativamente calificándola como tercero hipotecario, y sin que sea óbice a tal calificación el hecho de que José Luis, el primer comprador, estuviera en posesión del solar. Así, explica la sentencia que el conocimiento —«*o la posibilidad de conocer*»— la situación posesoria por parte de la demandante no destruye la presunción de buena fe a su favor, porque lo que adquiere es una cuota indivisa que aparece inscrita a nombre de sus transmitentes. De forma que la exactitud del Registro es «*perfectamente compatible*» con el disfrute de la posesión de la finca por parte de otro posible copropietario: si lo que adquiere el tercero es una participación indivisa de un inmueble, de la que el vendedor es titular registral, ese tercero no tiene que dudar de la legitimación de su transmitente si no es él sino otra persona quien posee de hecho la finca, dado que tal poseedor puede ser también uno de los dueños. En consecuencia, resuelve el Supremo que sí procede acceder a la división de la cosa común, reconociéndole a la sociedad limitada la condición de cotitular del inmueble litigioso.

5. Finalmente, destacamos en este recorrido la STS de 28 de mayo de 2019 (La Ley 68991/2019). Nos encontramos ahora con la doble venta de una parcela en la que todos los sujetos implicados son sociedades. Y sucede, como en algunas de las hipótesis anteriores, que la titular registral vende primero dicha parcela como porción de una finca más grande, y posteriormente vende la totalidad del inmueble. Así mismo, la primera enajenación se realiza en documento privado seguido de la entrega de la posesión y la segunda se documenta en escritura pública y se inscribe.

Tanto el Juzgado como la Audiencia consideran que la referida parcela pertenece a la primera compradora, lo que motiva que la segunda recurra en casación invocando los artículos 1473 del Código civil y 34 de la Ley

Hipotecaria. El Tribunal Supremo estima el recurso por entender que la compradora que inscribió está protegida por la fe pública registral: aunque quien compró antes tomó posesión del trozo de finca objeto del litigio, el recurrente fue «*quien inscribió a su nombre de buena fe*» porque, según la prueba practicada, no sabía que estaba comprando algo que en parte ya estaba vendido. Con esta decisión, el Supremo no vincula la mala fe, ni directa ni indirectamente, con la situación posesoria, sino que la hace depender del conocimiento efectivo de la realidad extrarregistral, que en el caso no se considera probado. Pero, como no se dan más explicaciones, queda la duda de si hay aquí un cambio consciente de criterio en relación al de otras sentencias[7], o se trata de una solución puntual en la que ha podido pesar que el inmueble litigioso no es una vivienda ni una finca rústica, que ninguno de los sujetos afectados es un particular, o que en un procedimiento anterior la primera adquirente solicitó la resolución de su contrato de compraventa[8].

2. Casos de adjudicación a un tercero de un inmueble ajeno al deudor ejecutado

El problema que nos ocupa se ha planteado en otro supuesto muy cercano al de la doble venta voluntaria. Se trata de que, en el seno de un procedimiento de ejecución, se decreta el embargo y la posterior adjudicación de un inmueble cuyo titular registral lo vendió y entregó a otro sujeto con anterioridad a la fecha del embargo. Dicho sujeto posee el inmueble litigioso pero no inscribió su adquisición y tampoco ejercitó tempestivamente la tercería de dominio que podría haber paralizado la ejecución. Probablemente, y precisamente por no inscribir, no llegó a enterarse de la existencia del procedimiento. El hecho es que el inmueble resulta adjudicado a un tercero —o al propio acreedor ejecutante—, quien inscribe la finca a su nombre y posteriormente pretende hacer valer su derecho frente al comprador-poseedor.

También en este ámbito hubo una línea jurisprudencial muy criticada por la doctrina (y también actualmente superada) según la cual la adjudicación judicial llevada a cabo en la hipótesis que acabamos de explicar se consideraba nula por carencia de objeto, al haber salido la finca del patrimonio del ejecutado. Ello suponía negar al adquirente en subasta (o, en su caso, al acreedor ejecutante) la condición de tercero hipotecario por aplicación del artículo 33 de la Ley Hipotecaria[9]. Sin embargo, como es conocido, la STS, Pleno, de 5 de marzo de 2007 (La Ley 4471/2007) puso fin a tal planteamiento, confirmando la línea jurisprudencial contraria a la expuesta. Así, el Supremo dejó claro que la venta en subasta de un bien ajeno

al deudor no es nula y que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria puede amparar la adquisición del adjudicatario que reúne los requisitos establecidos en dicho precepto, porque el principio de fe pública registral precisamente subsana la falta de titularidad del transmitente (en este caso, el deudor)[10]. Aclarado tal extremo, la cuestión central vuelve a ser la valoración de la buena o mala fe del mencionado adjudicatario cuando la finca es poseída por el adquirente que no inscribió.

En distintas ocasiones se ha entendido que el adjudicatario puede ser de buena fe a pesar de que la finca esté en posesión de un comprador anterior. En algunos pronunciamientos se da por cierta esa buena fe sin plantearse que pueda quedar en entredicho en base a la situación posesoria[11], mientras que en otros hay una afirmación específica para exonerar a quien participa en la subasta judicial de la carga de comprobar si lo publicado en el Registro coincide exactamente con la realidad[12], considerando que si se exigiese al tercero, con carácter general, la investigación de esa concordancia, «*quedaría desvirtuada la eficacia del Registro de la Propiedad como garante de la titularidad de los derechos reales inscritos, con quiebra del sistema de garantía que se consigue por medio de la publicación registral*»[13].

Sin embargo, un grupo significativo de sentencias sigue una orientación completamente distinta. En ellas se configura la buena fe no solo como un estado psicológico (desconocimiento de la inexactitud registral), sino también como un comportamiento diligente: el tercero no será de buena fe si podría haber averiguado la situación real de la finca que iba a adquirir desplegando una cierta diligencia, sin bastar a estos efectos la consulta del Registro en el que aparece como titular el deudor ejecutado (SSTS de 7 de diciembre de 2004, La Ley 10538/2005; 30 de diciembre de 2005, La Ley 254383/2005; 25 de mayo de 2006, La Ley 60469/2006)[14]. Siguiendo esta línea, la STS, Pleno, de 12 de enero de 2015 (La Ley 4601/2015) mantiene que la calificación de la buena fe no puede reconducirse únicamente a la creencia en la legitimación del transmitente, sino que también incluye una «*carga de diligencia básica que haga, en su caso, excusable el error que pudiera sufrir el adquirente*» sobre la discordancia entre la información registral y la realidad dominical del inmueble litigioso. Tal carga de diligencia, añade el Tribunal Supremo, debe analizarse y valorarse en cada caso, no debe plantearse en abstracto o con carácter general. En este sentido la hipótesis que resuelve la sentencia es peculiar, pues se refiere a la posible protección registral de la cesionaria del remate derivado de una subasta en el seno de un procedimiento de ejecución hipotecaria, dándose la circunstancia de que la finca, aunque figuraba inscrita a nombre del deudor, con anterioridad a la constitución de la hipoteca había sido expropiada y pertenecía por tanto a la Administración, que no la había inscrito a su nombre. Es decir, hipotecó el inmueble quien ya no era su dueño pero mantenía la condición de titu-

lar registral. En consecuencia, no es un caso de embargo sino de hipoteca de una finca ajena al deudor, y además esa falta de titularidad no deriva de una venta voluntaria previamente efectuada por el ejecutado, sino que procede de una expropiación anterior al nacimiento del gravamen. Lo cierto es, sin embargo, que el problema de base (la cuestión de la buena o mala fe del adquirente en el procedimiento de ejecución) es el mismo en uno y otro caso, si bien hay que conocer algunos datos relevantes. Así, resulta que tras la expropiación —no inscrita— de la finca, la misma había quedado afecta al servicio público ferroviario, pero años más tarde, aunque antes de constituirse la hipoteca, se había producido el cese definitivo de dicho servicio y la desafectación del inmueble, pasando a ser un bien patrimonial del Estado y perdiendo la condición de bien de dominio público. La línea ferroviaria dejó de usarse, pero las vías del tren permanecieron en la finca, no se desmantelaron. Se plantea entonces ante el Tribunal Supremo si la situación fáctica y posesoria del inmueble incidió en la buena fe de la cesionaria del remate en el procedimiento de ejecución, que había inscrito la finca a su nombre. Y a ello contesta el Alto Tribunal, después de exponer con detalle la doctrina antes transcrita, que «*la carga básica de la diligencia exigible al adquirente no puede medirse o extenderse con relación a cualquier posesión o indicio de la misma que se hubiera debido o podido conocer, sino solo a una situación posesoria clara y manifiesta que se ejercite en concepto de dueño y que, por tanto, contradiga o ponga en seria duda la exactitud de la información registral, con relación al derecho inscrito*». Pues bien, esa posesión clara y manifiesta en concepto de dueño no se deriva, según la sentencia, del hecho de que la antigua vía del tren, sin explotación alguna, estuviera aún en la finca objeto de la litis: ese hecho no constituye un indicio suficiente que revele la posesión dominical de la entidad pública propietaria[15]. Concluye por ello el Tribunal Supremo que quien inscribió su adquisición tras la ejecución hipotecaria actuó de buena fe y merece la consideración de tercero protegido por la fe pública registral, sobreponiéndose su derecho al de la Administración expropiante.

Es de advertir, sin embargo, que no se dice en el recurso ni en la sentencia que la aplicación del principio de fe pública debería haberse planteado en relación a la entidad titular del derecho de hipoteca y no directamente respecto a la sociedad adjudicataria. Nos explicamos: cuando se constituyó la hipoteca, la finca estaba inscrita a nombre de quien ya no era dueño debido a la expropiación, como hemos comentado más arriba. Tratándose entonces de una hipoteca constituida *a non domino*, la adquisición verdadera de tal derecho de garantía dependerá, como en cualquier derecho real, de que el adquirente esté protegido por el Registro, es decir, sea un tercero hipotecario. Por ello debía haberse analizado el problema de la buena fe precisamente en la persona de ese acreedor que inscribe a su favor la hipo-

teca. Así las cosas, de concluirse que adquirió de buena fe (supongamos, porque no conoció la expropiación ni sospechó que la Administración era la dueña de la finca), la hipoteca gravará el inmueble definitivamente y ello significará que quien lo compre tras la ejecución hipotecaria realizará una adquisición ordinaria o normal, sin que le afecten las vicisitudes anteriores a la constitución de la garantía, pues si el acreedor hipotecario es un tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, la ejecución del gravamen va a suponer un borrón y cuenta nueva en la titularidad del inmueble: una vez que la hipoteca sea plenamente eficaz, y tratándose de un derecho que conlleva la posible enajenación del inmueble, su puesta en marcha a través de la ejecución abre la puerta a la aparición de un nuevo propietario cuyo derecho ya no depende de la fe pública registral. En definitiva, desde que el acreedor ejecutante sea tercero hipotecario en lo que a la garantía se refiere, el adjudicatario o cesionario del remate no necesitará serlo para realizar una adquisición inatacable.

Por otra parte, y al margen de las cuestiones que suscita la STS de 12 de enero de 2015, no debe pasar inadvertido un extremo destacable. Y es que en muchas de las sentencias que recogen la tesis de la necesaria diligencia adicional del tercero hipotecario (más allá de la consulta del Registro), la mala fe no resulta solo de la posesión del adquirente anterior, sino también de otras circunstancias. Un ejemplo lo tenemos en la antes citada STS de 7 de diciembre de 2004 (La Ley 10538/2005). En este caso el titular registral (Tomás) vendió en escritura pública un terreno a una sociedad que no inscribió. Posteriormente la finca fue embargada por deudas del titular registral y adjudicada en subasta a Luis Alberto, quien inscribió y vendió a su vez a Cecilia, la cual también hizo constar su adquisición en el Registro de la Propiedad. En la instancia quedó probada la mala fe de Luis Alberto (tal extremo no formó parte del recurso, quedó firme en la sentencia de la Audiencia), de forma que lo que se discute en casación es si Cecilia adquirió o no de buena fe. El Tribunal Supremo concluye que dicha señora no merece la protección registral por falta de buena fe, y lo deduce de varios datos: la posesión de la finca por la sociedad que compró con anterioridad al embargo, el hecho de convivir los dos demandados (Cecilia y Luis Alberto) en el mismo domicilio y ser aquella la pareja del hijo de este, la identidad de las fechas de las escrituras en las que se documentaron las respectivas compras de ambos sujetos y la casi nula diferencia entre el precio abonado en subasta y el pagado por Cecilia. Es ese conjunto de circunstancias y no solo la situación posesoria del inmueble lo que destruye la presunción de buena fe de la subadquirente.

También son circunstancias peculiares del supuesto las que finalmente justifican la mala fe del adjudicatario en la STS de 4 de octubre de 2017 (La Ley 142276/2017), alineada igualmente con la doctrina jurisprudencial sobre la diligencia cualificada del tercero *ex* artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Con motivo de la obtención de una licencia de obras, la propietaria y promotora de unos terrenos llegó a un acuerdo con el Ayuntamiento de Felanitx por el que le cedía, entre otros inmuebles, dos fincas que se destinarían a zonas verdes, viales, aparcamiento y ensanche de una avenida[16]. La cesión no llegó a documentarse en escritura pública ni se otorgó acta de toma de posesión de las fincas por parte del Ayuntamiento, pero el Tribunal Supremo, a diferencia de lo que decidió la Audiencia, entendió que sí hubo tradición a favor del municipio por «*actos posteriores realizados en cumplimiento de tal acuerdo*», a través de los cuales «*las fincas litigiosas quedaban sujetas a la voluntad del Ayuntamiento quien, en el sentido del artículo 438 del Código civil, adquirió su posesión*». Aunque no hubo documentación pública del acuerdo ni inscripción del mismo en el Registro de la Propiedad, las fincas litigiosas se segregaron de la finca matriz en la que inicialmente se integraban y en la descripción registral de las mismas se hizo constar ese destino, antes especificado, a zonas verdes, viales, aparcamiento, etc. De igual modo, en la finca matriz figuraba una nota marginal en la que se señalaba que la concesión de la licencia de obras estaba sujeta a las condiciones establecidas en la propia licencia.

Posteriormente se siguió un juicio ejecutivo contra la entidad promotora, aún titular registral de las fincas, en el que estas resultaron embargadas y adjudicadas a otra sociedad, que inscribió su adquisición. Es entonces cuando el Ayuntamiento interpone demanda para que se declare su dominio sobre los dos citados inmuebles, y a ello se opone la sociedad adjudicataria alegando la protección de la fe pública registral. Se cuestiona así, nuevamente, la buena fe de la adjudicataria, respecto de la que mantienen un criterio distinto la sentencia recurrida y el Tribunal Supremo. El Alto Tribunal se apoya en la doctrina de la STS de 12 de enero de 2015 y acepta la llamada concepción ética de la buena fe, que exige al tercero un comportamiento diligente, acorde con las circunstancias, para comprobar la exactitud del Registro. A renglón seguido decide que el destino de las fincas litigiosas, que figuraba tanto en los respectivos folios registrales como en la certificación de cargas, «*imponía el despliegue de una diligencia mínima por parte del adjudicatario para conocer la verdadera situación de las fincas. Esa descripción sugiere que se trataba de terrenos sujetos a cargas urbanísticas y resulta motivo suficiente como para que la demandada tratara de cerciorarse de la situación posesoria que, de hecho, se oponía a la titularidad publicada en el Registro*».

Vemos entonces que, al margen de las afirmaciones generales sobre el concepto de buena fe que aparecen en la sentencia, en este caso es la información publicada por el Registro lo que justifica la investigación de la situación posesoria (cuya ausencia determina la mala fe del adjudicatario), pero no es esa situación de hecho la que por sí misma y de forma directa destruye la presunción de buena fe del tercero.

3. Otros supuestos

Aunque la posible colisión entre el principio de fe pública registral y la situación posesoria relativa a un inmueble se ha manifestado sobre todo en los supuestos analizados en los epígrafes anteriores, ese potencial conflicto ha surgido también en otras hipótesis. Una de ellas es la doble inmatriculación.

Sabemos que, en los casos de doble inmatriculación, cuando el litigio dominical se plantea directamente entre dos titulares que reúnen los requisitos del tercero hipotecario, la fe pública registral no es un criterio decisorio para determinar qué derecho prevalece, porque se neutralizan los efectos de ambas inscripciones. Pero cuando en uno de los folios registrales sucede que el último titular es un tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y en el otro folio no ocurre lo mismo, sí resulta aplicable la fe pública en favor del primero. Tal es la doctrina que, entre otras, sienta la STS, Pleno, de 19 de mayo de 2015 (La Ley 65312/2015)[17]. Por tanto, si en cada folio hay varias inscripciones será necesario precisar quién o quiénes tienen la condición de tercero hipotecario y, en lo que a nosotros interesa, qué papel desempeña la situación posesoria de la finca doblemente inmatriculada en relación con la buena fe.

Esta cuestión se planteó en la STS de 9 de mayo de 2003 (La Ley 12693/2003). Aunque no queda claro el origen de la doble inmatriculación, es un hecho probado que quienes inmatricularon primero estaban en posesión del terreno litigioso cuando el demandante compró la finca en subasta pública al segundo inmatriculante. Entiende el Tribunal Supremo que tal posesión «*razonablemente no podía ser ignorada*» por el referido demandante, teniendo en cuenta su condición de vecino del pueblo en el que se hallaba la finca y el hecho de haber comprado en subasta pública, «*con lo que ello comporta de conocimiento general más aún en un pueblo*». La conclusión para el Supremo es que ese tercer adquirente no reunía el requisito de la buena fe porque conocía la inexactitud del Registro. Se confirmó así el criterio de la Audiencia de declarar el mejor derecho sobre la finca de los titulares en la primera inmatriculación con arreglo a las normas del Derecho civil puro.

La posesión del inmueble por un sujeto distinto de quien transmitió al tercero fue relevante en este caso, aunque acompañada por otros datos, para apreciar la mala fe. Lo que no destruye la presunción de buena fe, ni en este ni en otros casos de doble inmatriculación, es el mismo hecho de que el Registro publique situaciones contradictorias en folios registrales distintos. En tal sentido, tiene declarado el Tribunal Supremo que el adquirente, para ser tercero hipotecario, no está obligado a realizar una investigación exhaustiva del contenido del Registro por si aparece en el folio de otra finca un historial jurídico contradictorio con la publicidad del folio real en el que apoya su adquisición (SSTS de 20 de marzo de 2007, La Ley 8953/2007, y

30 de junio de 2008, La Ley 86372/2008[18]). No se le exige al tercero cerciorarse de la ausencia de una doble inmatriculación sobre el inmueble: la fe pública registral no queda desvirtuada para el tercero por ese motivo. Ello, claro está, salvo que se haya hecho constar junto a la inscripción a favor del transmitente la nota marginal del artículo 313 de la Ley Hipotecaria que anuncia la aludida anomalía registral.

Además de en este supuesto de doble inmatriculación, el problema que nos ocupa se ha planteado en otras hipótesis heterogéneas. Como muestra de las mismas y para terminar el panorama jurisprudencial que estamos analizando, vamos a aludir a la STS de 5 de febrero de 2019 (La Ley 3884/2019).

El caso se refiere a la propiedad de un chalet que inicialmente pertenecía a Caja Canarias. Francisco, interesado en adquirir dicho chalet, le propuso a Carlos que formalmente lo comprase Congelados Agora, SL, sociedad constituida por el propio Carlos. Se llegó a un acuerdo verbal en ese sentido (*fiducia cum amico*), y efectivamente Congelados Agora compró el inmueble, inscribiéndolo seguidamente, pero en todo momento fue Francisco el poseedor de la vivienda. Años más tarde, y con motivo de unas deudas de la sociedad titular registral, se produjo la dación en pago del inmueble litigioso a Riromel SL, quien lo inscribió a su nombre, si bien se hizo constar en la escritura de dación en pago que existía un poseedor en precario en la finca. Así las cosas, Francisco ejercitó una acción declarativa de dominio frente a Riromel SL y esta, en reconvención, una reivindicatoria contra aquel.

La cuestión principal que se discute en casación es si la sociedad demandada realizó una adquisición inatacable en base al artículo 34 de la Ley Hipotecaria. La Audiencia no lo ve de ese modo, pero el Tribunal Supremo sí da a Riromel SL la consideración de tercero hipotecario. Centrado el tema en el asunto de la buena fe, afirma el Alto Tribunal que no se ha justificado que la entidad demandada y reconviniente «*tuviera conocimiento alguno de que el chalet —inscrito registralmente a favor de la entidad que formalizaba la dación en pago …— pudiera no pertenecer realmente a la titular registral, pues no es suficiente para ello la simple constatación en la escritura de la existencia de poseedores en precario*». Por tanto, la falta de prueba de la mala fe permite en este caso la aplicación del principio de fe pública registral, sin que haya llegado a ser relevante el hecho de que el transmitente no posea de hecho la finca. Debe destacarse que aquí la afirmación contenida en la escritura sobre la existencia de precaristas en la finca no hace exigible al adquirente una investigación sobre la posible titularidad de dichos ocupantes del inmueble, lo que constituye un criterio distinto al mantenido por el propio Tribunal Supremo en otras ocasiones, como en la STS de 20 de diciembre de 2007 (La Ley 224578/2007).

4. Recapitulación

Una vez terminado el muestreo de casos y soluciones que ofrece la jurisprudencia de las últimas décadas sobre las relaciones entre la situación posesoria de los inmuebles y la buena fe registral, nuestra impresión es que el enfoque del Tribunal Supremo sobre este tema no ha sido uniforme a lo largo de los años y quizás tampoco lo sea del todo actualmente. Decimos esto último porque, a pesar de que la doctrina de las Sentencias del Pleno del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007 y 12 de enero de 2015 da a la posesión en concepto de dueño relevancia determinante para enervar la buena fe del adquirente que inscribe, en la realidad de las decisiones sobre casos concretos posteriores la jurisprudencia no siempre sigue el criterio de que la posesión, incluso calificada como de tipo dominical, destruye por sí misma la presunción de buena fe. Lo que sí se ha podido comprobar es que en numerosas hipótesis, tanto recientes como lejanas, más allá de los aforismos y afirmaciones generales, las circunstancias del supuesto en particular (o, mejor, el *conjunto* de esas circunstancias) resulta fundamental para valorar la buena o mala fe de quien adquiere apoyándose en la información del Registro.

Posteriormente volveremos sobre la importancia que, a nuestro juicio, reviste esa valoración global de los hechos cuando se enjuicia la buena fe, y sobre la necesidad de no poner la atención en el único dato de la posible posesión contradictoria con la publicidad registral.

III. Argumentos a favor de la mala fe del tercero si quien posee en concepto de dueño no es el titular registral

Tras la visión jurisprudencial de la cuestión que nos ocupa procede detenerse en explicar las posiciones doctrinales existentes al respecto. Y comenzamos aludiendo a las ideas y argumentos que un importante sector de la doctrina esgrime a favor de exigir que el tercero, para reunir el requisito de la buena fe, sea diligente en investigar la situación posesoria de la finca que adquiere, con la consecuencia de que puede considerarse desvirtuada la presunción de buena fe si posee la finca en concepto de dueño quien no es su titular registral. Se trata de una opinión que se enmarca en la que desde hace tiempo se ha venido a llamar la *concepción ética* (frente a la *psicológica*) de la buena fe: el tercero solo queda protegido si su error sobre la legitimación del transmitente es excusable, y no lo será cuando pudo conocer, a través de la posesión, la auténtica situación jurídica de la finca.

Buscando una exposición ordenada, procedemos seguidamente a sistematizar los argumentos que se esgrimen para fundamentar tal posición.

1. La posesión como mecanismo relevante de publicidad

Una de las ideas de fondo que están en la base de la tesis que ahora exponemos es el entendimiento de la posesión en concepto de dueño como una forma de publicidad de importancia semejante —o incluso superior para algunos— a la que proporciona el Registro de la Propiedad. La idea es que la posesión hace visible el derecho para cualquiera, siendo una forma de publicidad *física* o material frente a la publicidad formal del Registro. Así, afirma GORDILLO CAÑAS (2006a, 2374, y 2006b, 589) que la publicidad de hecho derivada de la posesión ha de interferir necesariamente en la eficacia de la información registral. Añadiendo que cuando la inscripción es inexacta constituye una mera apariencia jurídica, por lo que los indicios extrarregistrales de esa inexactitud impiden la buena fe del tercero (2006a, 2378-2379)[19]. En la misma línea hay que situar a uno de los principales exponentes de esta posición doctrinal, VALLET DE GOYTISOLO (1973, 339), para quien la importancia de la publicidad posesoria encuentra una firme base en el artículo 448 del Código civil (*«el poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción de que posee con justo título y no se le puede obligar a exhibirlo»*), hasta el punto de que, en su opinión, la presunción que establece este precepto puede imponerse a la presunción de pertenencia del derecho inscrito a su titular registral consagrada en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria[20]. Esta relevancia de la posesión se justifica igualmente para VALLET (2005, 254) por el hecho de que, a su juicio, el fin esencial del Registro es dar publicidad a las limitaciones del dominio no dotadas intrínsecamente de visibilidad, es decir, dar a conocer los derechos que no llevan aparejada la posesión. Desde esta perspectiva se viene a defender que no es misión del Registro hacer prevalecer su contenido sobre la apariencia posesoria, en beneficio del tercero, cuando ambos planos son discordantes.

También debe citarse en este punto la opinión de MURGA FERNÁNDEZ (2013, 114), quien recuerda que nuestro sistema de transmisión derivativa opera al margen del Registro, por lo que «*mientras ello sea así, necesariamente debemos otorgar valor a las realidades posesorias»*, las cuales no pueden desconocerse —dice el autor— si contradicen la publicidad registral.

2. La oponibilidad de las servidumbres aparentes

Otro de los argumentos que se alegan, relacionado directamente con el anterior, se fundamenta en una excepción a la fe pública registral que

es creación de la jurisprudencia: la oponibilidad de los «derechos reales patentes» y, más en concreto, de las servidumbres aparentes no inscritas, que pueden hacerse valer frente a un posible tercero hipotecario por contar con un signo externo que publica su existencia: el adquirente de una finca sobre la que se ha constituido una servidumbre aparente tiene que respetar tal gravamen aunque no haya noticia del mismo en la información registral ni dicho sujeto conozca realmente su existencia. Y ello a pesar de que, conforme al artículo 32 de la Ley Hipotecaria, los derechos reales no inscritos no perjudican a tercero. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones[21].

Se dice que esta doctrina jurisprudencial lleva al deber de inspección de la finca «*que la normal diligencia impone a todo adquirente precavido y prudente*» (GORDILLO CAÑAS, 2006b, 611). Y se razona: lo mismo que los signos externos de una servidumbre advierten al futuro propietario de la existencia del gravamen, la posesión en concepto de dueño es un dato que *hiere los sentidos* del adquirente y le alerta de la discordancia entre la situación real de la finca y lo que el Registro publica. Por ello se concluye que si el tercero no se preocupa de examinar el inmueble que pretende adquirir y confía *ciegamente* en la publicidad registral, actúa de forma imprudente y no está protegido por el artículo 34. Lo que significa que, en todo caso, resulta necesaria una verificación de la finca sobre el terreno como actividad complementaria respecto a la información registral (DE REINA TARTIÈRE, 2014)[22].

3. La diligencia del artículo 36 de la Ley Hipotecaria

El contenido del artículo 36.1.a) de la Ley Hipotecaria constituye otro de los principales argumentos que se alegan para limitar la protección de la fe pública registral a aquellos adquirentes que, además de ignorar la inexactitud del Registro, han tenido una actitud diligente dirigida a conocer la situación física de la finca litigiosa[23].

Como se sabe, regula el artículo 36 la usucapión en contra del titular inscrito. En el supuesto de que tal usucapión esté consumada cuando adquiere el inmueble quien tenga la condición de tercero «*con arreglo al artículo 34*», esa usucapión contra tabulas le perjudicará si se demuestra que «*conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente*». Por tanto, si el adquirente ha tenido la posibilidad de conocer la posesión del usucapiente, la posición de este prevalecerá sobre la de aquel. Partiendo de aquí, se concibe el artículo 36 como «*un claro testigo de la necesidad de un comportamiento*

diligente del tercero que va más allá de la simple consulta del Registro»[24], manteniéndose por distintos autores que esa diligencia no es un elemento excepcional, exigible únicamente en el supuesto de la usucapión contra el Registro, sino que el artículo 36 hace aplicación a un caso concreto de lo que debe entenderse como la regla general[25]. Y desde otra perspectiva, pero en el mismo sentido, se viene a decir que no hay razón para restringir la diligencia al ámbito de la usucapión, porque no se explica que el tercero hipotecario *normal* tenga un trato de favor en relación al que se enfrenta con una usucapión *contra tabulas*[26].

En definitiva, la idea es que el concepto de buena fe registral resulta integrado tanto por el artículo 34 (ignorancia) como por el artículo 36 de la Ley Hipotecaria (actitud diligente del tercero).

4. La dimensión ética de la buena fe

Finalmente, y en conexión con las explicaciones precedentes (pues todos los argumentos están relacionados entre sí), se defiende que la buena fe debe incluir por hipótesis el dato ético de la diligencia para que el tercero pueda beneficiarse de los efectos de la fe pública registral. «*Una buena fe sin diligencia tiene más de censurable ignorancia que de buena fe protegible*» (GORDILLO CAÑAS, 2006a, 2373)[27]. Desde esa perspectiva ética valora VALLET DE GOYTISOLO (1973, 335 y 2005, 255) que merece mayor protección el propietario que posee y cultiva sus tierras que el tercer adquirente inscrito que no se preocupó de examinar la finca ni se interesó por su estado posesorio. Para este autor el Registro no puede transformarse en «*un dios milagroso, protector de tramposos suficientemente hábiles y burladero contra el sencillo propietario, más atento a labrar sus tierras que a inscribir en los libros registrales*» (1973, 328). Se piensa así que el Registro puede convertirse en un instrumento que ampare actuaciones fraudulentas si la diligencia del adquirente queda cumplida solo con la consulta del contenido registral (CUENA CASAS, 517).

IV. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA POSIBLE BUENA FE DEL TERCERO CUANDO HAY DISCORDANCIA ENTRE LA APARIENCIA POSESORIA Y EL REGISTRO

Frente a los argumentos anteriores, distintos autores han defendido que el requisito de la buena fe del adquirente no exige, al menos como regla, que la apariencia posesoria sea acorde con la publicidad registral. Partiendo del concepto de buena fe que resulta del artículo 34 de la Ley Hipotecaria

(ignorancia de la inexactitud del Registro) y de la presunción que recoge el mismo precepto (*la buena fe se presume siempre*), no se considera necesaria una actuación del tercero dirigida a verificar quién está poseyendo la finca y en qué concepto. Pero veamos por separado las razones que han esgrimido estos autores, a quienes se les suele considerar como defensores de la *tesis psicológica* sobre la buena fe registral.

1. La primacía de la publicidad registral sobre la posesión

La dicotomía publicidad registral-posesión, como cuestión de fondo en la polémica que nos ocupa, se resuelve ahora a favor de la primera por considerarse más segura y fiable frente a la detentación posesoria, la cual, tratándose de inmuebles «*puede obedecer a muy distintos títulos no necesariamente dominicales*» (GUILARTE GUTIÉRREZ, 2011, 36). Se subraya así la ambigüedad que la posesión inmobiliaria puede suponer respecto de la pertenencia del inmueble, al ser posible que refleje, bajo una misma apariencia, tanto una situación de precario como una titularidad dominical, así como distintas situaciones intermedias[28]. «*La inscripción hace más notorio el derecho real, más auténtico, más definido que lo hace la posesión*» (VILLARES PICÓ, 1947, 412)[29]. Se dice que precisamente la necesidad de superar las deficiencias legitimadoras de la posesión fue una de las principales razones por las que nació el Registro de la Propiedad[30], y que, constituyendo el Registro una institución oficial de publicidad de las adquisiciones inmobiliarias, no tiene sentido exigir otra diligencia que no sea la consulta de los libros registrales[31].

Por otra parte, y en relación a la posible colisión entre el artículo 448 del Código civil (presunción de la titularidad en el poseedor en concepto de dueño) y el artículo 38 de la Ley Hipotecaria (presunción de pertenencia del derecho al titular inscrito), se ha afirmado que la citada norma del Código civil debe circunscribir su ámbito de aplicación a la propiedad no inscrita, mientras que, tratándose de propiedad inscrita, debe prevalecer la presunción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Ello como consecuencia de la remisión que realiza a esta ley el artículo 608 del Código civil, al decir que para determinar los efectos de las inscripciones y el valor de los asientos registrales se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria (MÉNDEZ GONZÁLEZ, 2015, 608 y 2018, 34).

2. El buen funcionamiento del mercado

La necesaria seguridad del tráfico jurídico y las exigencias que para conseguirla son propias de la economía de mercado, constituyen otro ar-

gumento de carácter general que se esgrime a favor de identificar la buena fe con la confianza en la publicidad registral y el desconocimiento de su posible inexactitud, sin necesidad de que el tercero tenga que acreditar la inspección del inmueble que pretende adquirir. Esa configuración de la buena fe se estima acorde con la lógica de la economía de mercado, que necesita que las transacciones sean ágiles y seguras y que impere la certidumbre en las cuestiones relativas a la titularidad y cargas de los inmuebles. Tal es la opinión de MÉNDEZ GONZÁLEZ (2017, 106). Este autor sostiene que si la existencia de una situación posesoria a título de dueño clara y manifiesta impide la buena fe del tercero[32], «*se dificulta la contratación impersonal, es decir, el mercado*» (2017, 117)[33]. Esa doctrina que se combate se considera propia de una economía agraria, en un estado primario de desarrollo, en la que las transacciones tienen lugar entre amigos y conocidos, pero no se considera adecuada en el ámbito de una economía de mercado cada vez más globalizada como la nuestra[34].

3. Otra visión de la relación entre los artículos 34 y 36 de la Ley Hipotecaria

¿Ha de interpretarse la buena fe *ex* artículo 34 a la luz de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria? Para quedar protegido por la fe pública registral, ¿es preciso que el tercero no haya tenido *medios racionales ni motivos suficientes* para saber que la finca que iba a adquirir estaba siendo poseída en concepto de dueño por alguien distinto de su transmitente (art. 36.1.a)?

La respuesta es negativa según varios autores, a diferencia de lo que hemos visto que considera otro sector doctrinal. Para DE LA RICA Y ARENAL (1976, 385), la buena fe del artículo 34 es «*lisa y llanamente la buena fe del tráfico*»: creer que el Registro expresa la verdad y carecer de intención dolosa o ánimo fraudulento. En cambio, la buena fe del artículo 36 es más exigente, porque queda desvirtuada con el conocimiento presunto de la inexactitud registral. Dada la gravedad de tal circunstancia, dice DE LA RICA, únicamente se contempla esa posibilidad al enfrentar la usucapión consumada con el tercero, quien, para no verse afectado por ella ha de ser «*pluscuamperfecto*»[35]. La conclusión es, entonces, que solo para inmunizar al tercero de la usucapión contra tabulas es necesario que no haya podido conocer la posesión efectiva y a título de dueño de persona distinta de su transmitente. En lo demás, basta que no conozca la inexactitud del Registro[36].

Con el mismo planteamiento, manifiesta GARCÍA GARCÍA (1999, 492) que el artículo 36 es un precepto específico para las relaciones entre la usucapión contra tabulas y el tercero hipotecario: es en ese ámbito ex-

cepcional donde se exige, además de la buena fe del artículo 34, el requisito adicional de no haber podido conocer la posesión del usucapiente. Recuerda este jurista que el artículo 34 es el precepto definitorio de la buena fe en relación con los derechos inscritos y que dicha norma no contempla ningún tipo de diligencia extrarregistral. Es más, añade: si el artículo 34 incluyera como regla general el deber de conocer la inexactitud registral a través de la posesión, el artículo 36 no establecería de forma expresa ese requisito ulterior como añadido a la *condición de tercero conforme al artículo 34,* que ya aparece en el precepto[37].

4. Crítica del argumento ético

Las referencias a la ética también están presentes entre las afirmaciones de quienes defienden, con mayor o menor vigor, la postura que ahora comentamos. Se trata principalmente de cuestionar que se haya de exigir un comportamiento diligente a quien confía en el contenido del Registro (visitar la finca) y no al titular-poseedor (inscribir). Así, indica MIQUEL GONZÁLEZ (1996): «*Tampoco parece claro desde un punto de vista ético imponer al adquirente la carga de averiguaciones sobre la exactitud del Registro, cuando el verdadero titular no se cuida de hacer desaparecer la apariencia de exactitud de un medio de publicidad tan poderoso como el Registro*»[38]. Por tanto, se pretende poner de manifiesto que el conflicto sobre la titularidad de la finca no se habría planteado si el adquirente-poseedor hubiera hecho constar su adquisición en el Registro. Ello lleva a discutir que el comprador que no inscribe merezca más protección que el tercero que sí lo hace. En este sentido, MORALES MORENO (2001, 14) considera maniqueista el planteamiento que supone contraponer el ciudadano honrado que cultiva sus tierras y no está pendiente de inscribirlas porque no sabe de leyes (el llamado *Tío Celedonio*), frente al ciudadano *especulador* que se aprovecha de la oportunidad que le brinda el Registro e inscribe su adquisición. Porque esa caracterización probablemente no se corresponde con la realidad ni en uno ni en otro caso, o al menos no tiene por qué ser necesariamente cierta[39].

V. ¿INCLINACIÓN DE LA BALANZA? RAZONES Y MATICES

El estudio de la jurisprudencia y de las aportaciones doctrinales sobre la cuestión que motiva este trabajo recomienda, más que sumarse al cien por cien a la llamada tesis ética o a la psicológica[40], explicar algunas ideas, razones y dudas que nos suscita la apreciación de la buena o mala fe del adquirente cuando la situación posesoria no coincide con la publicidad

registral. Es la tarea que ahora nos proponemos, siendo conscientes de que con ella nos situaremos más cerca de una de las posiciones que se han expuesto anteriormente. Y más lejos de la otra.

1. La oponibilidad de las servidumbres aparentes no inscritas: ¿carácter absoluto?

Se ha dicho que esta doctrina jurisprudencial, mantenida por el Tribunal Supremo desde antiguo, es el más sólido argumento para justificar la diligencia adicional que debe exigirse al tercero para quedar protegido por la fe pública registral. Se concibe así como un apoyo decisivo del deber de averiguar la situación real de la finca que se atribuye a quien la pretende adquirir y de su falta de buena fe cuando un adquirente anterior la posee en concepto de dueño[41].

Verdaderamente, si se admite que una servidumbre no inscrita pero con algún signo externo de su existencia es oponible al tercero independientemente de que la conozca o no, parece fácil dar el mismo tratamiento al dominio no inscrito pero posiblemente visible a través de la posesión: sería un derecho real *patente* que el tercero no podría desconocer. Sin embargo, no se llega tan claramente a esa conclusión si se cuestiona la premisa de base o al menos se pone en tela de juicio su carácter absoluto, como hacen un grupo (minoritario, eso sí) de autores, que critican la oponibilidad absoluta de las servidumbres aparentes frente a un posible tercero hipotecario. Los términos de dicha crítica son, en síntesis, los siguientes:

a) La aludida oponibilidad carece de base legal en la que apoyarse, porque el artículo 13 de la Ley Hipotecaria contiene justamente la norma contraria, al establecer que cualquier carga o derecho real limitativo del dominio, para ser eficaz frente a terceros, debe constar en la inscripción de la finca sobre la que recaiga[42].

b) Aunque el signo material se encuentre en la finca, ello no significa que necesariamente esté constituido y vivo el derecho de servidumbre. Ese elemento externo puede obedecer a la mera tolerancia del dueño o se puede corresponder con un derecho extinguido por falta de uso[43].

c) Tal como se configura la comentada doctrina en la jurisprudencia[44], implica una presunción inmutable, *iuris et de iure,* de conocimiento de la servidumbre a través del signo aparente, presunción que provoca la imposición del gravamen a quien realmente no supo de su existencia sin darle oportunidad de demostrar su ignorancia[45].

d) La oponibilidad absoluta de las servidumbres aparentes lleva a un deber de inspección que no tiene sentido imponer en todos los casos. *«¿Qué sucede cuando nos encontramos ante operaciones inmobiliarias que han sido*

realizadas a distancia, sin tener la posibilidad material de observar el signo aparente? Porque … no es posible entender que deba formar parte de la diligencia debida el desplazarse cientos o miles de kilómetros cada vez que queramos comprar un inmueble en algún lugar de la geografía española solo por comprobar que, a pesar de que se han solicitado todas las certificaciones registrales pertinentes, no exista un signo que pueda ser reflejo de la existencia de una servidumbre no inscrita» (TRUJILLO CABRERA, 2006)[46].

e) Desde otra perspectiva, la tan repetida doctrina implica que cualquier adquirente va a tener que asumir un riesgo de difícil cálculo que solo puede distorsionar el buen funcionamiento del mercado: *«¿no revela un somero análisis económico de la cuestión de la oponibilidad de las servidumbres aparentes que sería mucho menor el esfuerzo que habría de realizar el titular del predio dominante para registrar su servidumbre que el de todos los potenciales adquirentes de la finca sirviente para averiguar el estado real de la finca adquirida?»* (CAVANILLAS MÚGICA, 1999, 13 y 14).

Estas opiniones no son mayoritarias en la doctrina[47], pero justifican, a nuestro juicio, que no se presente como incuestionable la jurisprudencia sobre las servidumbres aparentes. Es más: creemos que las afirmaciones de este sector doctrinal, incluso aunque no se suscriban íntegramente, sirven para poner en duda el automatismo entre la existencia de un signo externo de servidumbre y la exclusión de la operatividad de la fe pública registral. E indirectamente contribuyen también a no dar por cierto ese mismo automatismo entre la posesión en concepto de dueño de una finca y la mala fe de quien la adquiera de un titular registral no poseedor. En todo caso, sí parece que el signo aparente, al igual que un determinado comportamiento público del poseedor y dueño no inscrito, puede funcionar como un indicio que, unido a otros y en ciertos casos, permita considerar desvirtuada la presunción de buena fe que ampara al tercer adquirente[48], como veremos más abajo.

2. Un argumento a favor de la posible buena fe del tercero: los criterios de atribución de la propiedad inmobiliaria en el artículo 1473 del Código civil

Para determinar a quién se atribuye la propiedad de un inmueble en caso de doble venta, el primer criterio que sigue el artículo 1473 es el de la inscripción que, como sabemos, ha de ir acompañada de buena fe. Y a falta de inscripción, *«pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión».* Por tanto, y así lo indica CASTILLO MARTÍNEZ (2008), aunque se haya entregado la finca al que primero compró «*este no adquiere la propiedad del bien cuya posesión ha recibido sino que dicha titularidad va a corresponder a otro adquirente que, incluso aunque carezca de posesión, haya*

inscrito su título en el Registro de la Propiedad». De esta forma, entre posesión previa e inscripción posterior es preferente esta última en el artículo 1473[49]. La pregunta que surge entonces es: ¿no resulta incoherente con esta clara prelación mantener que si el primer comprador de un inmueble tiene la posesión del mismo (que, por hipótesis, será en concepto de dueño) no podrá atribuirse la propiedad a un segundo comprador que inscribe, precisamente porque excluye su buena fe la posesión del primero? O dicho de otra forma: si se entiende que, habiendo posesión del primer comprador, ya no puede entrar en juego la inscripción del segundo por faltarle la buena fe, ¿no se está invirtiendo el orden previsto en el artículo 1473?: el criterio preferente, de hecho, vendría a ser la posesión si el primer comprador la obtuvo, y solo a falta de posesión se transmitiría el dominio al que primero inscribiese de buena fe. El problema es que no es eso lo que con claridad dice el citado precepto. Su contenido es otro, tal como pone de manifiesto la STS de 7 de septiembre de 2007 al decir que el artículo 1473 ya prevé la posibilidad de que el primer comprador haya tomado posesión de la cosa antes de comprar el segundo «*y sin embargo la propiedad acabe perteneciendo a quien compró luego la misma cosa… e inscribió su adquisición en el Registro*»[50]. Esta misma sentencia pone en conexión la repetida norma con la Ley Hipotecaria de 1861, cuya exposición de motivos, que se recoge literalmente, indica que el comprador que no inscriba la venta «*aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción*». Queda patente, entonces, la posibilidad de que la posición del comprador que inscribe prevalezca sobre el comprador-poseedor, que, insistimos, poseerá en concepto de dueño. Siempre que, claro está, quien hace constar su adquisición en el Registro no conociera la celebración de la venta anterior a la suya[51].

En definitiva, parece incongruente con el artículo 1473 identificar la posesión del primer comprador con la mala fe del segundo comprador que inscribe.

Resulta curioso, sin embargo, que las afirmaciones antes transcritas se recojan precisamente en la STS de 7 de septiembre de 2007. Y es curioso porque dicha sentencia, como se ha podido comprobar más arriba, es una de las principales resoluciones que han apreciado la mala fe del adquirente-titular registral en base a la posesión a título de dueño de un adquirente anterior[52].

3. La ambigüedad de las situaciones posesorias y la búsqueda de la seguridad en las transacciones inmobiliarias

Sin perjuicio de lo que antecede, hay otra circunstancia que, a nuestro juicio, constituye un inconveniente añadido para mantener que la buena fe

del artículo 34 de la Ley Hipotecaria desaparece si quien posee el inmueble en concepto de dueño no es su titular registral. Se trata del carácter a menudo ambiguo o equívoco de la posesión, que dificulta su conocimiento real por los terceros, como han puesto de relieve distintos autores[53]. Pensemos, por ejemplo, que el inmueble litigioso es una finca rústica de ciertas dimensiones que explota, a través de uno o varios trabajadores asalariados, el propietario no inscrito. Si el tercero se desplaza a la finca que pretende adquirir puede que no se encuentre con quienes la están labrando (por el día o época de la visita o por la parte del inmueble que inspecciona). Si los ve, no tiene por qué sospechar que no trabajan para la persona que aparece como dueña en el Registro. Y, en general, tampoco tiene por qué saber si la posesión que en su caso advierta en la finca es o no en concepto de dueño, pues con frecuencia resulta difícil reconocer ese tipo de posesión *desde fuera*. Recordemos que son manifestaciones de la posesión a título de dueño, entre otras, el pago del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, la realización de reformas, el cambio de cultivo de la finca…, pero el adquirente no tiene por qué conocer quién ha realizado esas actuaciones, si es que se han llevado a cabo, sobre todo cuando no vive ni trabaja en la zona donde se encuentra el inmueble. Pensemos ahora que lo que se propone adquirir el tercero es una plaza de garaje en la que frecuentemente hay un coche aparcado. El futuro comprador, ¿ha de que pensar que ese coche quizás no es propiedad del titular registral del inmueble?, ¿debe investigar o preguntar sobre la pertenencia del vehículo? Verdaderamente no parece que, habiendo confiado en la publicidad registral, e ignorando su posible inexactitud, el artículo 34 le exija en ese caso tal comportamiento añadido. Ello al margen de que también es posible pensar que la plaza esté alquilada o se haya permitido su uso por parte de algún vecino o amigo del propietario, sin que tal posibilidad tenga que poner en entredicho la veracidad de la información contenida en el Registro.

Es cierto que hay otros muchos supuestos en los que la indeterminación del sujeto poseedor o la ambigüedad del concepto posesorio, frente a extraños o desconocidos, no es tan acusada. A pesar de ello estamos convencidos de que la apariencia posesoria, incluso aunque encierre un comportamiento dominical, es mucho más imperfecta e insegura que la publicidad registral, que cuenta con el respaldo de una titulación pública, de un control de legalidad, de un examen desde los obstáculos del propio Registro, y que estadísticamente se corresponde con la realidad en un porcentaje altísimo de casos. Por eso parece que, de cara a terceros, no deben ponerse a un mismo nivel esas dos instituciones (posesión y publicidad registral), en el sentido de que aquella no tiene por qué anular la buena fe que se apoya en esta. Si se otorga a la apariencia posesoria el valor de enervar por sí misma la eficacia de la fe pública registral, se estará condicionando la adquisición segura del

tercero a una especie de doble publicidad del derecho de su transmitente, doble condicionante que, en nuestra opinión, no está en la letra ni en el espíritu del artículo 34.

Por otra parte se encuentran las consideraciones de tipo económico, que también ha tenido en cuenta parte de la doctrina. Entender que la posesión en concepto de dueño discordante con el Registro no es necesariamente incompatible con la buena fe y, por tanto, con la protección del tercero hipotecario, constituye un planteamiento más acorde con el desenvolvimiento moderno del tráfico inmobiliario y con las características actuales de la economía de mercado, en la que las transacciones inmobiliarias no solo se realizan entre vecinos y conocidos sino también entre personas y entidades sin relación alguna, de ámbitos territoriales diferentes, distantes entre sí, e incluso mediante procedimientos telemáticos o electrónicos. Esa forma de contratación impersonal, cada vez más frecuente, necesita contar con certezas, con seguridad, de forma que el tercero sepa a qué atenerse. Y esa certidumbre normalmente no se va a obtener tomando como referente un hecho variable o voluble —cuyo significado puede ser confuso desde el exterior— como es la posesión, aunque sea en concepto de titular del derecho litigioso[54].

4. La importancia de los datos del caso concreto

A lo largo de los anteriores epígrafes se ha podido advertir que, a nuestro juicio, la existencia de una situación posesoria contraria a lo publicado por el Registro no supone necesariamente que quien apoya su adquisición en este sea de mala fe. Por tanto, no compartimos el concepto de buena fe a efectos hipotecarios que en su día formuló VALLET DE GOYTISOLO (2005, 266), concibiéndola como *«la creencia fundada en la inscripción a favor del transferente y no contradicha por la posesión de otro en concepto de dueño, de que aquel es el titular real y puede disponer de su derecho»*. Sin embargo, discrepar de esta definición no significa que la posesión a título dominical no pueda tener ninguna relevancia cuando en un supuesto concreto se valora si el tercero conocía o no la inexactitud del Registro. Para que haya mala fe lo importante es probar ese conocimiento. Y para determinar si esa prueba se ha producido habrá que analizar todas las circunstancias, todos los indicios, incluida en ciertos supuestos la posesión, pues no es lo mismo que el inmueble sea un trastero, una plaza de aparcamiento, un local, una finca rústica o una vivienda; y tampoco son irrelevantes a estos efectos las circunstancias personales del tercero (si es o no pariente del vendedor, si vive o trabaja en las inmediaciones de la finca) o cómo se ha producido la adquisición[55]. Desde esta perspectiva de atención al caso, po-

drá entenderse que el conjunto de las circunstancias concurrentes llevan a estimar ese elemento subjetivo que es el conocimiento de la realidad por el tercero. Incluso aunque no se tenga certeza completa de tal conocimiento, la existencia de varios indicios (no solo la situación posesoria) permitirá pensar en ciertos supuestos que, con un nivel mínimo de diligencia extrarregistral, el tercero habría conocido la titularidad del poseedor (si es que no la conoce ya), y que por eso cabe considerar desvirtuada la presunción de buena fe. Ello no obstante, pensamos que, como regla, la consulta del Registro agota la diligencia que corresponde cumplir al adquirente, siendo por tanto excepcional la exigencia de un comportamiento añadido por su parte en el sentido de que solo las particularidades especiales del inmueble y de los sujetos implicados podrían justificar tal exigencia[56].

En definitiva, son los hechos concretos los que han de marcar la valoración final de la buena o mala fe[57]. Precisamente esa valoración en función de los hechos, como hemos comprobado más arriba, es lo que a menudo lleva a la jurisprudencia a apreciar o no si el tercero es de mala fe, cuyo fundamento real se encuentra muchas veces en los datos específicos del caso y no en la mera aplicación de máximas o doctrinas generales aunque se recojan en la correspondiente sentencia[58].

Se ha dicho que la apreciación circunstancial de la buena fe y el grado de discrecionalidad que supone para el juzgador puede disminuir la seguridad jurídica (MÉNDEZ GONZÁLEZ, 215, 610), pero no hay que perder de vista que, guste o no, la buena fe es el elemento flexible —y por eso a veces algo incómodo— de nuestro sistema hipotecario; un elemento que necesariamente ha de modular la eficacia de la fe pública registral, no porque sea conveniente ponerle freno, sino como mecanismo para evitar que se aproveche de ella quien verdaderamente sabe (o hay que entender que sabe) que la finca o derecho no pertenece a quien figura como su titular en el Registro.

5. La posesión prolongada en el tiempo de un primer adquirente y la usucapión contra tabulas

Queda pronunciarse sobre el problema de la relación entre los artículos 34 y 36 de la Ley Hipotecaria, es decir, sobre la cuestión de si, en lo relativo a la buena fe, aquel precepto ha de interpretarse y completarse con este último. En esta materia compartimos la opinión de quienes separan la aplicación de ambas normas, de modo que el posible conocimiento, por parte del tercero, de que la finca estaba en posesión de una persona distinta de su transmitente, en nuestra opinión solo es relevante en el supuesto de hecho específico que regula el artículo 36, es decir, en

el ámbito de la usucapión *contra tabulas*. Entendemos que la redacción de este precepto lleva a pensar que los requisitos previstos en el mismo para que al tercero no le afecte la usucapión consumada son necesarios además de los que ya exige el artículo 34: son requisitos adicionales a la buena fe ordinaria (ignorancia de la inexactitud registral), que es la que contempla el artículo 34[59].

Pero conviene plantear qué ocurre en la siguiente situación: se celebra una primera venta de un inmueble con entrega de la posesión al comprador, que no inscribe pero posee en concepto de dueño, y transcurridos más de diez años (o más de veinte, entre ausentes), por la razón que sea, el titular registral vuelve a vender ese inmueble a otro sujeto, que lo inscribe a su favor. Según lo que hemos defendido, puede pensarse inicialmente que, aplicando el artículo 1473 del Código civil en relación con los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, triunfa la posición del segundo comprador si ignora la venta previa, sin que su buena fe sea en principio incompatible con la posesión de la finca por alguien que no es el titular registral: es posible dar la configuración de tercero hipotecario al comprador que inscribe. Pero sucede que cuando adquiere ese tercero hay un adquirente anterior que lleva poseyendo en concepto de dueño el tiempo necesario para usucapir. Pues bien, creemos que esa situación consolidada abre la posibilidad de que entre en juego el artículo 36 de la Ley Hipotecaria (ahora sí) para permitir el triunfo de la usucapión consumada sobre el tercero hipotecario que «*conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente*». El poseedor no podrá hacer valer frente al tercero su adquisición contractual no inscrita, pero sí la usucapión consumada si se aprecia esa posibilidad de conocer la situación posesoria del inmueble. O dicho de otra forma: el primer comprador no vence frente al segundo por virtud de su adquisición seguida de la entrega ni por el artículo 1473, pero sí por el hecho de haber completado el plazo de una usucapión ordinaria. Tendría a su favor más que un justo título (su contrato de compraventa), más que buena fe (pues adquirió del dueño), así como el resto de los requisitos de la usucapión si su posesión en concepto de dueño ha sido pública y pacífica[60].

Cabe objetar a este planteamiento que el comprador-poseedor no es un usucapiente en sentido propio porque adquirió la propiedad inicialmente conforme a la teoría del título y el modo. Pero aunque ello es cierto, no nos parece una razón suficiente para justificar que reciba un tratamiento distinto el usucapiente ordinario (sujeto que no compró la finca a su dueño sino a otra persona) y el primer comprador-poseedor en una doble venta cuando la posesión se prolonga en ambos casos durante más de diez o veinte años sin interrupción.

VI. CONCLUSIONES

I. La cuestión de si el adquirente de un inmueble puede ser considerado de buena fe cuando la situación posesoria no coincide con la publicidad registral se ha planteado en diversas ocasiones en la jurisprudencia, principalmente en casos de doble venta voluntaria o cuando, en el seno de un procedimiento de ejecución, se adjudica al rematante un bien que no pertenece a su titular registral. Esta cuestión no ha recibido siempre la misma respuesta del Tribunal Supremo, aunque es cierto que las Sentencias del Pleno de 7 de marzo de 2007 y 12 de enero de 2015 otorgan a la posesión en concepto de dueño un papel decisivo a efectos de considerar desvirtuada la presunción de buena fe del adquirente. Ello no obstante, el examen particularizado de distintas resoluciones judiciales revela que a menudo se recogen en ellas criterios y afirmaciones generales sobre el alcance de la buena fe registral y de la diligencia que requiere en el adquirente, pero finalmente es el conjunto de circunstancias de la hipótesis concreta sometida a enjuiciamiento lo que determina la mala fe del tercero.

II. Un sector doctrinal considera que el adquirente de cualquier finca ha de investigar su situación posesoria, de forma que cuando no lo hace debe ser considerado de mala fe *ex* artículo 34 de la Ley Hipotecaria si posee la finca en concepto de dueño un adquirente anterior que no inscribió su título. Para argumentar tal opinión, se alude a la importancia de la posesión como modo de publicidad *material o física* que puede neutralizar la publicidad *formal* del Registro. Y como concreción de esta idea se recuerda que, según una línea jurisprudencial consolidada, las servidumbres aparentes no inscritas ostentan una visibilidad propia que las hace oponibles en todo caso al tercero hipotecario, por lo que, de igual modo, la posesión de hecho en concepto de dueño advierte al adquirente de la existencia de un derecho no publicado por el Registro que debe respetar. Junto a ello se subraya la dimensión ética que está en la base del concepto de buena fe y se afirma que incluye un comportamiento diligente dirigido a comprobar la concordancia entre la realidad y el contenido de los libros registrales. Para los autores que siguen esta posición, tal comportamiento encuentra además su razón de ser en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria, cuyo apartado 1.a) se considera complementario del artículo 34 en lo que a la valoración de la buena fe se refiere.

III. Frente a los anteriores razonamientos se han defendido otros de signo distinto, en la línea de considerar que el tercero del artículo 34 puede ser de buena fe a pesar de que posea la finca litigiosa quien no es su titular registral. En este sentido se pone de relieve la primacía de la inscripción sobre la posesión como mecanismo de publicidad de las adquisiciones inmobiliarias, estén dotadas o no de apariencia posesoria. Tal apariencia se

considera equívoca e imprecisa, y por ello se entiende que no se corresponde con las exigencias de certeza y agilidad propias de la economía de mercado, en la que además la contratación impersonal, entre sujetos desconocidos, es habitual. También se defiende que la buena fe del artículo 34 no ha de interpretarse a la luz del artículo 36.1.a) de la Ley Hipotecaria, porque el ámbito de aplicación de este último precepto se restringe a la *usucapión contra tabulas*. Se mantiene entonces, desde esta perspectiva, que no hay que añadir a la confianza en el contenido del Registro el deber de inspeccionar la situación posesoria del inmueble que se pretende adquirir, dado que esa diligencia extrarregistral no está incluida en el artículo 34. Finalmente, desde la postura a la que ahora nos referimos se critica el llamado argumento ético, poniéndose en duda que merezca mayor protección el poseedor que no inscribe su título que el adquirente que sí lo hace.

IV. A nuestro juicio, la buena fe registral es compatible con el hecho de que el poseedor de la finca no sea quien aparece como titular de la misma en el Registro, incluso aunque esa posesión sea en concepto de dueño. Creemos que tal circunstancia no desvirtúa por sí misma la presunción legal de buena fe que contiene el artículo 34, si bien en determinados casos puede constituir un indicio que, sumado a otros datos relevantes, lleve al juzgador a considerar probado el conocimiento de la inexactitud registral. Los argumentos que hemos explicado para sostener que la posesión contraria al Registro no significa necesariamente mala fe toman en consideración varios aspectos, entre los que se encuentran los criterios que establece el artículo 1473 del Código civil para determinar a quién se atribuye la propiedad en caso de doble venta, la discusión sobre la oponibilidad absoluta de las servidumbres aparentes no inscritas, el carácter ambiguo y por tanto poco seguro que a menudo presenta la posesión inmobiliaria como mecanismo de publicidad, y la interpretación separada de los artículos 34 y 36 de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio de que este último pueda aplicarse cuando un primer adquirente-poseedor ha consumado el plazo de la usucapión ordinaria en el momento de adquirir la finca el tercero hipotecario.

V. Cuando se cuestiona la buena fe es necesario valorar una situación determinada, unos hechos concretos, y por ello deben eludirse los juicios previos y las conclusiones automáticas. Normalmente bastará que el tercero apoye su adquisición en el contenido de la información registral, aunque no hay que excluir que en una hipótesis particular se considere necesario algún comportamiento añadido en atención a las circunstancias especiales que puedan rodear a la adquisición. Lo que no compartimos es la idea de equiparar directamente la posesión *manifiesta* en concepto de dueño de un primer adquirente con la mala fe del adquirente posterior que inscribe, pues ello supondría subordinar la adquisición inatacable del tercero a un doble requisito en cuanto a la titularidad del transmitente (la publicidad registral

de la misma y la publicidad posesoria no contraria). Doble condicionante que no exige el artículo 34 ni resulta coherente con la finalidad del principio de fe pública registral.

VII. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

1. Sentencias del Tribunal Supremo

- STS de 4 de marzo de 1988 (*RJ* 1988, 1554)
- STS de 23 de mayo de 1989 (La Ley 12021-R/1989)
- STS de 29 de julio de 1991 (La Ley 2710/1991)
- STS de 11 de abril de 1992 (La Ley 3132/1992)
- STS de 8 de marzo de 1993 (La Ley 13059/1993)
- STS de 3 de marzo de 1994 (La Ley 469/1994)
- STS de 25 de marzo de 1994 (La Ley 13814/1994)
- STS de 25 de noviembre de 1996 (La Ley 174/1997)
- STS de 5 de diciembre de 1996 (La Ley 234/1997)
- STS de 10 de diciembre de 1999 (La Ley 3884/2000)
- STS de 22 de diciembre de 2000 (La Ley 1666/2001)
- STS de 8 de marzo de 2001 (La Ley 4160/2001)
- STS de 22 de junio de 2001 (La Ley 5357/2001)
- STS de 9 de mayo de 2003 (La Ley 12693/2003)
- STS de 10 de junio de 2003 (La Ley 13056/2003)
- STS de 15 de julio de 2004 (La Ley 1864/2004)
- STS de 7 de diciembre de 2004, La Ley 10538/2005
- STS de 30 de diciembre de 2005 (La Ley 254383/2005)
- STS de 25 de mayo de 2006 (La Ley 60469/2006)
- STS de 10 de julio de 2006 (La Ley 103046/2006)
- STS de 21 de julio de 2006 (La Ley 77267/2006)
- STS de 10 de octubre de 2006 (La Ley 129035/2006)
- STS de 11 de octubre de 2006 (*RJ* 2006, 6693)
- STS de 5 de marzo de 2007 (La Ley 4471/2007)
- STS de 20 de marzo de 2007, La Ley 8953/2007
- STS de 7 de septiembre de 2007 (La Ley 125166/2007)
- STS de 14 de septiembre de 2007 (La Ley 132437/2007)
- STS de 20 de diciembre de 2007 (La Ley 224578/2007)
- STS de 5 de mayo de 2008 (La Ley 61724/2008)
- STS de 30 de junio de 2008 (La Ley 86372/2008)
- STS de 20 de noviembre de 2008 (La Ley 176066/2008)
- STS de 23 de abril de 2012 (La Ley 59291/2012)
- STS de 13 de mayo de 2013 (La Ley 55093/2013)

- STS de 11 de julio de 2014 (La Ley 84950/2014)
- STS de 12 de enero de 2015 (La Ley 4601/2015)
- STS de 19 de mayo de 2015 (La Ley 65312/2015)
- STS de 29 de mayo de 2015 (La Ley 74347/2015)
- STS de 4 de octubre de 2017 (La Ley 142276/2017)
- STS de 5 de febrero de 2019 (La Ley 3884/2019)
- STS de 28 de mayo de 2019 (La Ley 68991/2019)

2. Sentencias de Audiencias Provinciales

- SAP de Ciudad Real, sección 1.ª, de 10 de enero de 2008 (La Ley 2315/2008)
- SAP de Barcelona, sección 1.ª, de 26 de mayo de 2009 (La Ley 168277/2009)
- SAP de Alicante, sección 6.ª, de 14 de septiembre de 2009 (La Ley 237756/2009)
- SAP de Burgos, sección 3.ª, de 18 de marzo de 2013 (La Ley 40817/2013)
- SAP de León, sección 2.ª, de 17 de octubre de 2013 (La Ley 170009/2013)
- SAP de Albacete, sección 1.ª, de 30 de octubre de 2015 (La Ley 182128/2015)
- SAP de Alicante, sección 9.ª, 15 octubre 2018 (La Ley 170200/2018)
- SAP de Málaga, sección 4.ª, de 27 de febrero de 2019 (La Ley 67287/2019)

VIII. BIBLIOGRAFÍA

AMORÓS GUARDIOLA, M. y CHICO ORTIZ, J.M. (1990). Artículo 606 del Código civil. En *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. Albaladejo García), tomo VII, vol. 2.º, 2.ª ed., Madrid: Edersa, 332-362.

ARRIETA SEVILLA, L.J. (2016). Sentencia de 19 de mayo de 2015. Doble inmatriculación, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 100, ref. 2678, 605-656.

BRANCÓS NÚÑEZ, E. (2019). Una visión sesgada del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Nuevas amenazas a la seguridad jurídica preventiva derivadas del doble control de legalidad. *El notario del siglo XXI* [En línea], núm. 83, enero-febrero 2019, disponible en http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-83/9158-una-vision-sesgada-del-articulo-34-de-la-ley-hipotecaria.

CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. (2008). El nuevo planteamiento jurisprudencial de los artículos 1473 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria (revisión crítica de las SSTS, Sala Primera, de 5 de marzo de 2007, 20 de marzo de 2007, 7 de

septiembre de 2007 y 5 de mayo de 2008). *Diario La Ley*, núm. 7080, Sección Doctrina, 19 de diciembre de 2008, año XXIX, ref. D-373, *La Ley* 41123/2008.

CAVANILLAS MÚGICA, S. (1999). *Prólogo* a la obra de M.N. Tur Faúndez: *Los particulares efectos de la «apariencia» en el ámbito de las servidumbres*. Valencia: Tirant lo Blanch, 13-14.

CUENA CASAS, M. (2008). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007. Doble venta y venta de cosa ajena. Alcance del artículo 1473 del Código civil. En M. Yzquierdo Tolsada (coord.): *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, vol. I (2005-2007), Madrid: Dykinson, 493-515.

DE LA RICA Y ARENAL, R. (1976). La buena fe y la publicidad del Registro. En *Libro Homenaje a D. Ramón de la Rica y Arenal*, vol. II. Madrid, Colegio nacional de Registradores de la propiedad y mercantiles de España, 379-404.

DE REINA TARTIÈRE, G. (2014). El valor de la inscripción en el Registro de la propiedad inmueble español. *Actualidad civil*, mayo 2014, sección a fondo, La Ley 2227/2014.

DÍEZ GARCÍA, H. (2019). Comunidad postganancial sobre bien adquirido en régimen de acceso diferido a la propiedad y tercero hipotecario. Comentario a la STS de 29 de noviembre de 2018. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 111, 83-118.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (1983). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. 2.º, Madrid: Tecnos.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2007). La buena fe requerida por el adquirente en remate *a debitore non domino*, Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007. *Revista Derecho patrimonial,* núm. 19, 393-414.

— (2017). La ejecución de la hipoteca constituida *a non domino*. La tercería de dominio y el procedimiento declarativo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 760, 703-762.

GARCÍA GARCÍA, J.M. (1972). Acción negatoria de servidumbre de luces y vistas. No aplicación de la fe pública registral a las servidumbres aparentes. Carácter declarativo de la inscripción (Sentencia de 21 de diciembre de 1970). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 489, 411-415.

— (1993). *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, tomo II. Madrid, Civitas.

— (1999). Artículo 34 de la Ley Hipotecaria. En Albaladejo, M. y Díaz Alabart, S. (dir.): *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 4.º, Madrid: Edersa.

GÓMEZ CORRALIZA, B. (2017). Clases de servidumbres. En M. Linacero de la Fuente (coord.): *Tratado de servidumbres*, Valencia, Tirant lo Blanch, www.tirantonline.com,TOL6.494.577.

GÓMEZ GÁLLLIGO, F.J. (2011). Crítica de la tesis procesalista de la adquisición derivada de la ejecución de un embargo, doctrina obsoleta y superada (en defensa de la doctrina jurisprudencial consagrada en la STS de 5 de marzo de 2007). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, 11-30.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2013). Artículo 1473. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.): *Comentarios al Código civil*, tomo VII, Valencia: Tirant lo Blanch.

GORDILLO CAÑAS, A. (2006a). La buena fe hipotecaria: *quaestiones quodlibetales*, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. II, Madrid, Centro de estudios registrales, 2351-2389.

— (2006b). El principio de fe pública registral, I. *Anuario de Derecho civil*, vol. 59, núm. 2, 509-656.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (2011). *Legalidad urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe*, Valladolid: Lex Nova.

JEREZ DELGADO, C. (2001). *Hacia la inscripción constitutiva.* Madrid: Centro de estudios registrales.

— (2005). *La buena fe registral*. Cuadernos de Derecho registral. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

LACRUZ BERDEJO, J.J. y SANCHO REBULLIDA, F. (1984). *Derecho inmobiliario registral*, 2.ª ed., Barcelona: Bosch.

LÓPEZ FRÍAS, A. (2010). Embargo de inmuebles, transmisión del dominio y publicidad registral: supuestos y consecuencias, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 721, 2079-2125.

MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. (2015). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015. Desafectación tácita. La diligencia básica exigible para la buena fe del artículo 34 LH. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.): *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, vol. II, Boe, Dykinson.

— (2017). *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles. Un estudio del sistema español con referencia al alemán*, Valencia: Tirant lo Blanch.

— (2018). La buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Una revisión crítica de la posición dominante en la doctrina y en la jurisprudencia. *Revista jurídica de Cataluña,* núm. 1-2018, 9-40.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (1996). La buena fe y su concreción en el ámbito del Derecho civil. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 11 de diciembre de 1996, Vlex-238494.

MORALES MORENO, A.M. (2001). *Prólogo* a la obra de C. Jerez Delgado: *Hacia la inscripción constitutiva*, Madrid: Centro de estudios registrales, 13-16.

MURGA FERNÁNDEZ, J.P. (2012). La doble venta judicial y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: recepción de la doctrina uniforme sentada en 2007. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 732, 1969-2041.

— (2013). La configuración de la buena fe del tercero hipotecario. Breves notas en defensa de su concepción «ética», en J.P. Murga Fernández y S. Tomás Tomás: *Cuestiones actuales de Derecho patrimonial desde una perspectiva italo-española*, Valencia: Tirant lo Blanch, 103-120.

PASCO ARAUCO, A. (2019). ¿Quien compra un inmueble sin ver la posesión tiene mala fe? Un saludable pronunciamiento de la Corte Suprema, *La Ley* (Perú) [En línea], 2 mayo 2019, disponible en https://laley.pe/art/7781/quien-compra-un-inmueble-sin-ver-la-posesion-tiene-mala-fe-un-saludable-pronunciamiento-de-la-corte-suprema.

PAU PEDRÓN, A. (2001). La teoría de los principios hipotecarios. En *La publicidad registral*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 165-199.

REBOLLEDO VARELA, A.L. (2007). *Tratado de las servidumbres*, 2.ª ed., Cizur Mayor: Aranzadi.

ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1995). *Derecho hipotecario*, tomo II, 8.ª ed., Barcelona: Bosch.

ROCA TRÍAS, E. (1979). Las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 530, 9-74.

RUBIO GARRIDO, T. (1994). *La doble venta y la doble disposición*, Barcelona: Bosch.

— (2006). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2005, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 70, ref. 1879, 457-479.

SABORIDO SÁNCHEZ, P. (1997). Diferenciación entre doble venta y venta de cosa ajena. Protección al tercero hipotecario, *Anuario de Derecho civil,* julio 1997, 1561-1574.

— (2008). *Reflexiones sobre el tercero hipotecario*. Cuadernos de Derecho registral. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

TRUJILLO CABRERA, C. (2006). Servidumbres aparentes y Registro de la Propiedad, www.tirantonline.com, TOL999.479.

TUR FAÚNDEZ, M.N. (1999). *Los particulares efectos de la «apariencia» en el ámbito de las servidumbres*. Valencia: Tirant lo Blanch.

— (2003). Comentario a la STS de 13 de diciembre de 2002. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 61, ref. 1657, 321-330.

VALLET DE GOYTISOLO, J.B. (1973). La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública. En *Estudios sobre Derecho de cosas*, Madrid: Montecorvo, 323-388.

— (2005). La buena fe en las transmisiones inmobiliarias *a non domino*. *Revista Jurídica del Notariado,* núm. 56, 253-268.

VILLARES PICÓ, M. (1947). La posesión y el Registro. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 230-231, 409-448.

NOTAS

[1] Tampoco es un concepto unitario pues, junto a la enunciación general del principio en el artículo 7.1 del Código civil, nuestra legislación recoge manifestaciones concretas del mismo en preceptos y ámbitos singulares, como ocurre en los artículos 433 y 1950 del Código civil o 34 de la Ley Hipotecaria. Cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (1996).

[2] Vid., por ejemplo, las SSTS de 3 de marzo de 1994 (La Ley 469/1994), 5 de diciembre de 1996 (La Ley 234/1997) y 15 de julio de 2004 (La Ley 1864/2004).

[3] Aunque sin tanta argumentación, la STS de 10 de diciembre de 1999 (La Ley 3884/2000) acoge el mismo criterio que la STS de 4 de marzo de 1988. En la de 1999, el Supremo entiende que la adquisición del segundo comprador (en este caso, una sociedad) está amparada por el artículo 34 LH a pesar de que los primeros compradores habitaban la vivienda litigiosa, pues «*la ocupación de una vivienda puede hacerse por títulos distintos de un contrato de compraventa (precario, arrendamiento, etc.)*» y ello no implica necesariamente la mala fe del tercero.

[4] En otras sentencias, el Tribunal Supremo considera igualmente desvirtuada la presunción de buena fe teniendo en cuenta las circunstancias del caso: además de la posesión de la finca por el primer comprador, las relaciones personales y laborales de los sujetos implicados así como el hecho de ser el segundo comprador dueño de algún inmueble colindante al litigioso. Vid. SSTS de 8 de marzo de 2001 (La Ley 4160/2001), 22 de junio de 2001 (La Ley 5357/2001), 14 de septiembre de 2007 (La Ley 132437/2007) o 13 de mayo de 2013 (La Ley 55093/2013).

[5] La falta de diligencia del segundo comprador, en términos similares a los de esta sentencia, impide también en otros casos de doble venta voluntaria la preferencia del derecho del comprador inscrito frente al del poseedor. Vid. SSTS de 11 de octubre de 2006 *(RJ* 2006, 6693) y 20 de diciembre de 2007 *(RJ* 2007, 9057), la SAP de Alicante, sección 9.ª, de 15 de octubre de 2018 (La Ley 170200/2018) y la SAP de Burgos, sección 3.ª, de 18 de marzo de 2013 (La Ley 40817/2013). Esta última sentencia resuelve un supuesto casi idéntico al de la STS de 7 de septiembre de 2007: la finca litigiosa, parte de otra mayor, se había delimitado con una valla, y tal elemento se considera «*signo de posesión de la finca*» por parte de la primera compradora y «*señal que enerva la posible presunción de buena fe del tercero hipotecario*».

[6] Un planteamiento similar aparece en una Sentencia de la Sala Civil permanente de la Corte Suprema de Justicia de Perú dictada el 9 de mayo de 2017 (Casación 1589-2016 Lima norte). En ella se afirma que «*un comprador diligente no solo intenta conocer quien ocupa el inmueble que pretende adquirir, sino a título de qué lo ocupan*» (disponible en https://laley.pe/art/7784/buena-fe-registral-debe-el-comprador-investigar-el-titulo-de-los-poseedores). Analizando esta sentencia, PASCO ARAUCO, A. (2019) afirma que la misma envía un mensaje a los futuros compradores: *«¿No quiere tener problemas o discusiones sobre su titularidad respecto de aquello que desea adquirir? Entonces no limite su análisis a la información registral. Dése una vuelta por el inmueble; es mejor darse con una sorpresa hoy, cuando está negociando, que mañana, cuando ya pagó por el inmueble».*

[7] Como la STS de 7 de septiembre de 2007 o la de 12 de enero de 2015, que luego comentamos.

[8] Llama la atención que esa resolución no se estimase procedente. Tanto el Juzgado como la Audiencia que conocieron de ese litigio consideraron que la vendedora no había incumplido el contrato porque la compraventa se había consumado, de forma que si después se volvió a vender la parcela «el supuesto sería de hipotética venta de cosa ajena o inexistente». Y es esa última afirmación la que para la STS de 28 de mayo de 2019 resulta incorrecta porque recoge la doctrina ya superada desde las SSTS de 5 de marzo de 2007 y 7 de septiembre de 2007. En todo caso, y al margen de lo decidido en el otro procedimiento, aclara el Alto Tribunal que la negligencia de la vendedora (al incluir en la

segunda venta el terreno ya enajenado) deja abierta la posibilidad de que la compradora vencida le exija una indemnización por los daños y perjuicios causados.

[9] Vid. SSTS de 23 de mayo de 1989 (La Ley 12021-R/1989), 11 de abril de 1992 (La Ley 3132/1992), 8 de marzo de 1993 (La Ley 13059/1993), 25 de marzo de 1994 (La Ley 13814/1994), 25 de noviembre de 1996 (La Ley 174/1997), 10 de junio de 2003 (La Ley 13056/2003), etc.

[10] Cfr. LÓPEZ FRÍAS, A. (2010, 2086-2088).

[11] SSTS de 29 de julio de 1991 (La Ley 2710/1991), 22 de diciembre de 2000 (La Ley 1666/2001), 5 de mayo de 2008 (La Ley 61724/2008), 20 de noviembre de 2008 (La Ley 176066/2008), SAP de Alicante, sección 6.ª, de 14 de septiembre de 2009 (La Ley 237756/2009), SAP de Albacete, sección 1.ª, de 30 de octubre de 2015 (La Ley 182128/2015), SAP de Málaga, sección 4.ª, de 27 de febrero de 2019 (La Ley 67287/2019).

[12] SSTS de 10 de julio de 2006 (La Ley 103046/2006) y 21 de julio de 2006 (La Ley 77267/2006). Se refiere la primera de estas sentencias a un caso en el que la titular registral y deudora es una sociedad que, por su carácter de persona jurídica, no ejerce directamente la posesión de hecho. Por ello dice el Supremo que no se le puede exigir al adjudicatario «*que averigüe la relación que tiene la persona física que la ejerce con la sociedad propietaria registral ni que examine todo el historial para conocer si la posesión es a título de dueño o en otro concepto*». Sin embargo, el examen del caso pone de relieve, a nuestro juicio, que el adjudicatario sí debió ser considerado de mala fe, pero no por la situación posesoria de la finca, sino porque cuando adquirió e inscribió ya constaba en el Registro la transmisión anterior al embargo que terminó en la adjudicación. Para explicarlo, exponemos cronológicamente los hechos tal como parece que sucedieron, aunque algunas fechas no quedan del todo claras en la sentencia. 1.º La sociedad titular registral de una vivienda la vende en documento privado a dos particulares, venta a la que sigue la entrega de la posesión. 2.º Se otorga escritura pública de compraventa. 3.º La vivienda resulta embargada por deudas de la sociedad vendedora aún titular registral, anotándose el embargo en el Registro. 4.º Los compradores iniciales inscriben el inmueble a su nombre. 5.º Se produce la adjudicación del mismo en subasta, inscribiendo el adjudicatario, y correlativamente se cancela el embargo y las inscripciones posteriores al mismo. De este relato resulta que en el momento de la adquisición e inscripción del rematante, el Registro daba noticia de la primera venta de la vivienda. Está claro que, desde el punto de vista registral, era procedente la cancelación de la inscripción de esa venta, por ser posterior al embargo anotado, pero desde el punto de vista sustantivo, es decir, en la cuestión de la titularidad de la finca, lo que había que tener en cuenta es que el adjudicatario, como adquirente *a non domino*, solo podía consolidar su adquisición si reunía los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotearia, y entre ellos la buena fe. Buena fe que no concurre si cuando adquiere el tercero el Registro publica que el deudor ejecutado vendió el inmueble antes de que se decretase el embargo. Vid. LÓPEZ FRÍAS, A. (2010, 2092 y 2093).

[13] SAP de Barcelona, sección 1.ª, de 26 de mayo de 2009 (La Ley 168277/2009).

[14] Vid. también la SAP de Ciudad Real, sección 1.ª, de 10 de enero de 2008 (La Ley 2315/2008) y la SAP de León, sección 2.ª, de 17 de octubre de 2013 (La Ley 170009/2013).

[15] Para ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2017, 718) esta consideración resulta discutible. En su opinión, cabe pensar que las vías del ferrocarril ponían de manifiesto una situación posesoria propia de la titularidad pública de la finca objeto de la ejecución hipotecaria: estando a la vista las vías del ferrocarril era difícil no conocer la inexactitud de la titularidad privada publicada por el Registro, dice el autor.

[16] Aclara la sentencia que no se trató de una cesión obligatoria derivada de las normas urbanísticas, sino de una cesión de naturaleza contractual, con origen en el acuerdo entre un particular y la Administración. Por ello la adquisición del Ayuntamiento estaba sometida al artículo 609 CC (teoría del título y el modo), quedando descartada la adquisición automática u *ope legis* de la propiedad, que impediría la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

[17] Si bien hay quien no se muestra de acuerdo con tal doctrina, como ARRIETA SEVILLA, L.J. (2016, 656).

[18] En la sentencia de 2008 hay incluso una afirmación sobre la buena fe de los adquirentes que parece dejar al margen la situación posesoria, porque se dice que no debe exigírseles «*realizar un análisis exhaustivo del origen del derecho de quien les vende para fundamentar su buena fe, bastando la comprobación de la finca en el Registro para adquirir su titularidad en los mismos términos en los que aparezca inscrita y sin que les sean oponibles realidades jurídicas no recogidas en el Registro*».

[19] También lo entiende así CUENA CASAS, M. (2008, 513), para quien *«la posesión en concepto de dueño sigue siendo una forma de publicidad que no cabe desdeñar de cara a la diligencia mínima para la buena fe del titular registral».*

[20] Para resaltar el valor de la posesión por encima de la inscripción, recoge VALLET (2005, 261-262) las siguientes palabras de D. Jerónimo GONZÁLEZ: «*Como forma de publicidad ante la común opinión … es mucho más perfecta la entrega y goce de la posesión efectiva al adquirente (que la inscripción). Sería una ficción creer que cada día se va al Registro a leer sus novedades como quien lee el diario. En cambio, están a la vista de los vecinos las obras que como dueño se emprenden y, en general, la actuación del adquirente como propietario de la finca*». En un sentido parecido, alude RUBIO GARRIDO, T. (2006, 478) a la idea de que *«la notoriedad que la posesión pregona es mejor vehículo de apariencia que la inscripción contraria [notoria non egent probatione*]». Aunque este autor matiza que no hay que exagerar ese valor contrario de la posesión, el cual debe ser incardinado, en todo caso, en el ámbito de las presunciones judiciales. «*Posesión e inscripción registral son meros hechos que suelen, pero solo suelen suministrar la apoyatura objetiva sobre la que se asentará una buena fe subjetiva o desde la cual se deducirá la existencia de la misma. No siendo más que hechos, se sitúan en un terreno independiente del de la psique del comprador, donde se ubica su buena o mala fe. De aquí que su existencia no implique necesariamente que el comprador sea de buena fe, así como la buena fe del comprador puede existir, aun en su ausencia*» (1994, 74).

[21] Así, por ejemplo, la STS de 11 de julio de 2014 (La Ley 84950/2014), recogiendo la doctrina de otras sentencias anteriores, incluso de las primeras décadas del siglo XX, afirma que «*cuando los signos de la servidumbre son ostensibles, permanenciales (sic) y perfectamente exteriorizados, tal apariencia indubitada produce una publicidad en semejanza a la inscripción del Registro*». Analizan esta jurisprudencia GÓMEZ CORRALIZA, B. (2017), TUR FAÚNDEZ, M.N. (1999, 35 y ss.), y TRUJILLO CABRERA, C. (2006).

[22] Señala BRANCÓS NÚÑEZ, E. (2019) que «*las fincas siempre se inspeccionan*», tanto si van a ser compradas individualmente (el comprador las visita con carácter previo), como si serán compradas en bloque, en cuyo caso será habitual la inspección presencial de un perito tasador. Para este autor tal verificación se enmarca en la diligencia exigible al adquirente en nuestro Derecho y también en el sistema inglés (Land Registration Act, 2002, Schedule 3).

[23] Así, la STS de 4 de octubre de 2017, antes comentada, cita el artículo 36 de la Ley Hipotecaria para justificar la necesidad de que el tercero despliegue «*una diligencia acorde con las circunstancias para cerciorarse de que hay coincidencia entre la realidad y el Registro*». Y en sentido análogo se manifiesta la STS de 7 de diciembre de 2004, cuyos hechos también se han explicado más arriba. Vid. igualmente GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2013, 10432), que menciona el artículo 36 como fundamento de la buena fe-diligencia que debe darse en las adquisiciones inmobiliarias *a non domino*.

[24] ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2007, 412).

[25] GORDILLO CAÑAS, A. (2006b, 611), VALLET DE GOYTISOLO, J.B. (2005, 265) y ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2007, 412).

[26] Cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L. (1984, 185). Vid. igualmente DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (1983, 379) y MURGA FERNÁNDEZ, J.P. (2013, 116). Añade este último autor que aunque el artículo 36 de la Ley Hipotecaria se refiera a la usucapión

contra tabulas «*no deja de constituir un supuesto de adquisición por ministerio de la Ley, lo cual justifica su aplicación por analogía al ámbito del artículo 34 LH*» (2012, 2007).

[27] Igualmente afirma GORDILLO CAÑAS, A. (2006b, 587) que la misma denominación «buena fe» hace referencia a la dimensión moral que permite distinguirla del error craso o de la simple ignorancia. Se muestran de acuerdo con tal afirmación ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2007, 412) y MURGA FERNÁNDEZ, J.P. (2012, 2005 y 2013, 112).

[28] GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (2011, 49), quien se muestra convencido de la eficiencia del Registro de la Propiedad y considera decimonónico pensar que es la posesión la fuerza que debe impulsar y dar continuidad a la asignación de las titularidades dominicales (pág. 27). Vid. también VILLARES PICÓ, M. (1947, 418).

[29] En una posición semejante, aunque sin referirse específicamente al problema de la configuración de la buena fe, afirma MORALES MORENO, A.M. (2001, 13) que «*la publicidad registral es más perfecta que la posesoria. Resulta accesible a todos y en todo momento; además, el Registro refleja mejor que la posesión la complejidad de las diferentes situaciones jurídicas*».

[30] Vid. GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (2011, 36 y 37) y TUR FAÚNDEZ, M.N. (1999, 32). Aclara JEREZ DELGADO, C. (2001, 32) que «*aunque originariamente pudiera haberse considerado el Registro como un instrumento de publicidad de aquellos derechos no dotados de visibilidad o no susceptibles de posesión, como fue función de las antiguas Contadurías de hipotecas, lo cierto es que el Registro de la Propiedad nació como un instrumento al servicio de un abanico de intereses mucho más amplio»,* cumpliendo hoy su misión de publicidad de todo derecho real (pág. 33).

[31] GARCÍA GARCÍA, J.M. (1999, 488). Estas son sus palabras: «*Sería absurdo que el Estado pusiera a disposición de los particulares el organismo oficial de consulta y que, a pesar de ello, luego se exigiera una diligencia distinta que la consulta de ese organismo oficial. Pueden existir inexactitudes, y la buena fe exige desconocer estas, pero no una especial diligencia en ese desconocimiento, contradictoria con la diligencia resultante de la consulta de los libros oficiales de la propiedad y derechos reales inmobiliarios. Por eso mismo, el artículo 225 de la Ley Hipotecaria establece que «la libertad o gravamen de los bienes inmuebles solo podrán acreditarse en perjuicio de tercero por certificación del Registro»».* En la misma línea, PAU PEDRÓN, A. (2001, 190) concibe el Registro como *verdad oficial* que ha de prevalecer sobre la mera apariencia.

[32] Como dice la STS de 12 de enero de 2015, antes analizada.

[33] Fijándose en la seguridad jurídica y en el necesario desarrollo económico, GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. (2011, 18) pone de manifiesto los inconvenientes que se derivarían, en una doble venta, de proteger al primer comprador que recibió la posesión del inmueble por encima de quien lo compró después y lo inscribió a su nombre (se entiende, ignorando la venta anterior). Con tal criterio de solución, «*se vendría abajo el sistema en base al cual es posible la inversión y la articulación de todo un mercado inmobiliario e hipotecario*».

[34] *«En efecto, el carácter claro y manifiesto de una situación posesoria a título de dueño tiene un alcance espacial muy reducido. El alcance geográfico de la notoriedad opera, en todo caso, a una escala tan reducida en relación a la escala en la que opera una economía de mercado —en el caso de nuestro país una escala europea y, en buena parte, global—, que, contemplada desde esta, debería resultar irrelevante»* (MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P., 2017, 115).

[35] También ROCA TRÍAS, E. (1979, 63) explica que el artículo 36 coloca al tercero en una situación de buena fe cualificada: «*el artículo 34 exige desconocimiento de la situación jurídica real de la finca o de la falta de poder de disposición del transmitente; en cambio el artículo 36 añade la exigencia de que esta ignorancia se extienda a las circunstancias de hecho de la finca, considerándose que si el adquirente no ha llegado a este conocimiento le afectará la usucapión porque incurre en culpa lata*».

[36] Vid. AMORÓS GUARDIOLA, M. y CHICO ORTIZ, J.M. (1990, 262).

[37] Lo expresa también de otra forma (1993, 314): es el propio artículo 36 el que precisa que, en relación con la usucapión, se exige una determinada diligencia *aparte de los requisitos del artículo* 34, con lo que aquella norma está reconociendo que este último precepto no comprende esa diligencia. En términos análogos se pronuncia igualmente MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. (2015, 608), al decir que el artículo 36 constituye una excepción al artículo 34, que opera en un supuesto muy concreto (usucapión) en el que se exige una diligencia excepcional para que el tercer adquirente quede protegido. «*Si el legislador hubiera querido extenderla al artículo 34 LH, lo habría dicho explícitamente, como hace en el artículo 36 LH*». ROCA SASTRE, por su parte, afirma que, en nuestro sistema, el artículo 34 no toma en consideración la culpa o negligencia, y considera prueba de ello, precisamente, que el artículo 36 «*sobrepone la idea de culpa del adquirente sobre la buena fe estricta que requiere el artículo 34 de la ley*» (ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., 1995, 362). Finalmente, también JEREZ DELGADO, C. (2005, 145) mantiene que la diligencia del artículo 36 no integra la noción de buena fe registral.

[38] También lo dice MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. (2015, 598) cuando señala que sorprendentemente la llamada concepción ética no exige comportamiento ético al adquirente que decidió no inscribir y con ello sustraer información al mercado.

[39] Dice MORALES MORENO, A.M. (2001,14 y 15) que seguramente el *Tío Celedonio* ya no existe: «*ha sido sustituido por un labrador capaz de procurarse el debido asesoramiento para desarrollar su actividad empresarial, cumplir sus obligaciones tributarias, y, año a año, rellenar los complicados impresos de ayuda a superficies de la Unión Europea*».

[40] Aunque sin duda sirve para agrupar las opiniones doctrinales, la denominación de las citadas tesis es reduccionista e invita inicialmente al intérprete a sumarse a la posición *ética* frente a la *meramente psicológica.* Pero lo importante, más allá de etiquetas, son los argumentos y matices de la perspectiva que se considere más adecuada, teniendo en cuenta, además, que no todos los autores que se sitúan en uno u otro lado coinciden completamente en sus planteamientos ni llevan su opinión a las mismas consecuencias.

[41] Cfr. GORDILLO CAÑAS, A. (2006b, 610).

[42] Vid. TRUJILLO CABRERA, C. (2006) y TUR FAÚNDEZ, M.N. (1999, 45 y 2003, 330). Esta última autora califica la oponibilidad de las servidumbres aparentes no inscritas como un *privilegio* de origen jurisprudencial, contrario no solo al artículo 13 de la Ley Hipotecaria, sino también a los artículos 32 de la misma Ley, 606 del Código civil y 225 de la Ley Hipotecaria, que únicamente admite como medio de prueba de la libertad o gravamen de un inmueble, frente a tercero, la correspondiente certificación del Registro (1999, 43 y 44).

[43] Vid. TUR FAÚNDEZ, M.N. (1999, 46).

[44] Lo explica REBOLLEDO VARELA, A.L. (2013, 115).

[45] TRUJILLO CABRERA, C. (2006). Dice TUR FAÚNDEZ, M.N. (1999, 47) que «*lo realmente relevante no es la apariencia, sino que se conozca efectivamente el derecho real no inscrito, pues tal conocimiento es lo que excluye la buena fe*».

[46] En la misma línea se manifiesta GARCÍA GARCÍA, J.M. (1972, 413 y 414), que alude a los «*casos en que falta el contacto directo y material del comprador con la finca en el momento de la compra (adquisición por residentes en el extranjero, subastas públicas, organismos que se mueven solo a base de los datos del Registro de la Propiedad, etc.)*. Para este autor, la aludida doctrina jurisprudencial tiene razón de ser en las «*transmisiones operadas entre vecinos o personas que por una u otra conexión con el lugar de situación de la finca han tenido claramente posibilidad de conocer todos los signos y circunstancias físicas que rodean al inmueble»;* en cambio, considera que en esos otros supuestos debe admitirse la posibilidad de alegar la buena fe del tercero en atención a las circunstancias concurrentes.

[47] Claramente en contra de las mismas se manifiesta GOMEZ CORRALIZA, B. (2017).

[48] Cfr. TUR FAÚNDEZ, M.N. (1999, 47).

[49] Dice la STS de 4 de marzo de 1988 (*RJ* 1988, 1554) que esa preferencia de la inscripción viene demostrada «*hasta la saciedad*» por el artículo 1473.3: «*si no hubiera habido inscripción, el favorecido es el primero en la posesión… pero habiendo inscripción y dando por supuesta la posesión del no inscrito, no cuenta para nada tal elemento efectivo de adquirir*».

[50] El Tribunal Supremo hace esa afirmación para argumentar que la aplicación del artículo 1473 no exige el requisito de la cercanía cronológica entre las dos o más ventas en conflicto, como habían mantenido algunas sentencias anteriores.

[51] También la importante STS de 5 de marzo de 2007 (La Ley 4471/2007) viene a corroborar, indirectamente, este planteamiento, aunque refiriéndolo al artículo 34 de la Ley Hipotecaria. El Fundamento de Derecho octavo se refiere a la siguiente hipótesis: una vivienda ha sido vendida por su titular registral en documento privado, habiendo entrado el comprador en posesión de la misma, y posteriormente se sigue un procedimiento de apremio contra la entidad vendedora, de forma que tal procedimiento culmina con la venta judicial o administrativa a un tercero que inscribe su adquisición. Dice la sentencia que la protección de ese tercero *ex* artículo 34 de la Ley Hipotecaria y la pérdida de la propiedad por parte del comprador en documento privado «*es una consecuencia necesaria de nuestro sistema registral*»; y añade que tal situación podrá remediarse con «*la demostración de la ausencia de buena fe del tercero*». Por tanto, se desprende de las palabras del Alto Tribunal que el hecho de la posesión del primer adquirente no impide la aplicación del principio de fe pública registral por mala fe *directa* del rematante o adjudicatario, sino que habrá que demostrar específicamente su falta de buena fe, es decir, su conocimiento de la transmisión anterior no inscrita.

[52] Es igualmente destacable que GORDILLO CAÑAS, a quien se considera firme defensor de la tesis ética y que califica la posesión en concepto de dueño como un hecho que necesariamente ha de herir los sentidos del adquirente (2006b, 611), cuando en otra parte de su trabajo explica que la inscripción constituye un supuesto de apariencia jurídicamente protegible (pág. 595), recoge y se apoya en las siguientes palabras de GÓMEZ DE LA SERNA: si el primer comprador no inscribió, «*dando lugar a que otro engañado por el Registro comprara la finca, creyendo que el dominio existía aún en el que la vendió, este nuevo adquirente no podrá ser perjudicado por la compra anterior: para él, cualquiera que posea la finca, no hay otro dueño que el que como tal aparece inscrito en el Registro*».

[53] Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (2011, 36) y VILLARES PICÓ (1947, 418 y 428), así como la STS de 10 de diciembre de 1999 (La Ley 3202/2000).

[54] Podemos pensar en los casos (hoy día frecuentes) en los que se lleva a cabo un operación global de cesión onerosa de los inmuebles de una entidad a otra distinta que va a ocupar su lugar. Por ejemplo, un Banco vende a un fondo de inversión múltiples activos inmobiliarios, localizados por toda la geografía española, que aquel ha adquirido como consecuencia de las ejecuciones hipotecarias que ha instado. No parece lógico pensar que la entidad adquirente tenga que investigar la situación posesoria de cada una de las fincas objeto de la cesión cuando todas ellas aparecen inscritas a nombre del cedente ni que la existencia de una posesión en concepto de dueño por parte de un comprador no inscrito en alguna de las fincas deba neutralizar por sí misma la buena fe del tercero.

[55] Si el adquirente es dueño de una finca colindante con la que pretende adquirir, por ejemplo, seguramente deberá afectar a su buena fe una posesión discordante con la publicidad registral.

Por otra parte, cabe plantear qué ocurre cuando el tercero adquiere en el seno de un procedimiento de ejecución; si la posesión contraria al Registro debe valorarse del mismo modo que cuando la adquisición se produce en virtud de una venta voluntaria. En principio, parece que el análisis de la buena fe debe seguir un camino parecido en cualquier supuesto de adquisición inmobiliaria a non domino, tenga esta su origen en un venta voluntaria o forzosa. Pero es cierto que, tratándose de una venta judicial, la proximidad geográfica o personal del adquirente con el inmueble comprado suele

ser menor que en una venta ordinaria. Al mismo tiempo, hay ciertos trámites en el procedimiento de ejecución que persiguen proteger a los posibles poseedores del inmueble embargado. Concretamente, dispone el artículo 661.1 LEC lo siguiente: «*Cuando, por la manifestación de bienes del ejecutado, por indicación del ejecutante o de cualquier otro modo, conste en el procedimiento la existencia e identidad de personas, distintas del ejecutado, que ocupen el inmueble embargado, se les notificará la existencia de la ejecución, para que, en el plazo de diez días, presenten ante el Tribunal los títulos que justifiquen su situación. En el anuncio de la subasta se expresará, con el posible detalle, la situación posesoria del inmueble o que, por el contrario, se encuentra desocupado, si se acreditase cumplidamente esta circunstancia al Secretario judicial responsable de la ejecución*». Todo ello nos hace pensar que la posesión en concepto de dueño de la que no haya noticia alguna ni en la publicidad registral ni en los autos del procedimiento, debe tener un papel aún más limitado en la prueba de la mala fe del rematante o adjudicatario, aunque sin descartar completamente que, según las circunstancias del caso, pueda tenerse en cuenta, junto a otros datos, en la valoración de la buena o mala fe.

Se ha pronunciado sobre esta cuestión ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2007,413), seguidor de la llamada tesis ética. Afirma que no debe darse un tratamiento distinto al rematante que al comprador ordinario en materia de buena fe. Ello a pesar de que, como manifiesta él mismo, «*a veces resultará difícil, por no decir imposible, el examen directo de la cosa por parte del comprador*». Considera este autor que el adquirente en subasta asume de alguna forma el riesgo de un eventual defecto en la titulación del inmueble, además de sobre otras cuestiones, como el estado de conservación de la finca. Riesgo que viene a compensarse con la posibilidad de obtener la propiedad de una cosa a un precio notablemente inferior al de mercado y con las sustanciosas plusvalías de las que se benefician los profesionales de las subastas. Pero a nuestro juicio, ese riesgo sobre el posible defecto en la titularidad del ejecutado justamente lo cubre el artículo 34 de la Ley Hipotecaria si efectivamente el tercero desconoce la situación jurídica real del inmueble que adquiere en subasta.

[56] Se pronuncia en términos análogos SABORIDO SÁNCHEZ, P. (2008, 122 y 123, nota 89).

[57] Vid. DIEZ GARCÍA, H. (2019).

[58] Cfr. SSTS de 8 de marzo de 2001 (La Ley 4160/2001), 22 de junio de 2001 (La Ley 5731/2001), 7 de diciembre de 2004 (La Ley 10538/2005), 10 de octubre de 2006 (La Ley 129035/2006), 14 de septiembre de 2007 (La Ley 132437/2007), 21 de enero de 2008 (La Ley 458/2008), 23 de abril de 2012 (La Ley 59291/2012), 11 de diciembre de 2012 (La Ley 258993/2012), 13 de mayo de 2013 (La Ley 55093/2013) y 4 de octubre de 2017 (La Ley 142276/2017).

[59] Vid. en este sentido los argumentos doctrinales que se recogen en el epígrafe IV punto c).

[60] SABORIDO SÁNCHEZ, P. (1997, 1574), recogiendo la opinión que J.M. MIQUEL GONZÁLEZ expuso en una conferencia pronunciada en Málaga, afirma que si el primer comprador ha usucapido, la buena fe del segundo comprador que inscribe ha de ser la del artículo 36 de la Ley Hipotecaria, es decir, la buena fe extrarregitral, que es diferente de la recogida en el artículo 34. En cambio, si el primer comprador no ha usucapido, la buena fe del adquirente posterior será la buena fe registral, o sea, la confianza en lo publicado por el Registro.

(Trabajo recibido el 10-3-2020 y aceptado para su publicación el 18-5-2020)

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (IV): El principio de especialidad registral gráfica

The geographical repercussions of the mortgage principles after Law 13/2015, of June 24 (IV): The graphic registration speciality principle

Por

PEDRO FANDOS PONS

Registrador de la propiedad de Dolores y Doctor en Derecho

RESUMEN: Siguiendo con el propósito de intentar elaborar una interpretación evolutiva de la Ley 13/2015 y su repercusión sobre los principios hipotecarios, indagamos en esta cuarta entrega, siguiendo el esquema trazado en el primero de los artículos, sobre las repercusiones geográficas del principio de especialidad, derivado de la cognoscibilidad legal del contenido del Registro, pues cada derecho debe quedar perfectamente individualizado en el asiento. En cuanto al objeto, este debe de quedar de tal modo individualizado que permita su distinción con respecto a los demás objetos, tanto

desde el punto de vista literario, como gráfico, introduciendo en el asiento una nueva circunstancia, de carácter electrónico, la georreferenciación de la finca registral.

ABSTRACT: Continuing with the purpose of trying to develop an evolutionary interpretation of Law 13/2015 and its impact on mortgage principles, we now try to investigate this fourth installment of the series, following the scheme outlined in the first of the articles, on the geographical repercussions of the principle of specialty, derived from the legal cognoscibility of the contents of the Registry, since each right must be perfectly individualized in the seat. Regarding the object, it must be so individualized that it allows its distinction with respect to the other objects of law, both from a literary and graphic point of view, introducing into the seat a new circumstance, of an electronic nature, the georeferencing of the registered property unit.

PALABRAS CLAVE: Principio de especialidad. Individualización y descripción de la finca. Georreferenciación. Incorporación de la georreferenciación de la finca al asiento.

KEY WORDS: Principle of specialty. Individualization and description of the registered property. Georeferencing. Incorporation of the georeferencing of the registered property unit to the land registry act.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PRINCIPIO DE INSCRIPCIÓN EN SU VERTIENTE LITERARIA: 1. Concepto. 2. Aspectos del principio de especialidad. 3. Extensión del principio de especialidad. 4. El principio de especialidad literaria en la descripción de la finca: *A) El concepto de finca registral. B) Caracteres. C) Distinción con el concepto de finca funcional. D) La individualización de la finca registral.* 5. Evolución del sistema descriptivo de las fincas hasta la Ley 13/2015: *A) Individualización basada exclusivamente en la descripción literaria. B) Individualización mediante descripción literaria y su georreferenciación. C) La incorporación al asiento de la técnica de la georreferenciación*.—III. LAS REPERCUSIONES GEOGRÁFICAS DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: 1. Introducción. 2. El código registral único de la finca. *A) Concepto y caracteres. B) Composición y asignación del código registral único. C) Significación del código registral único:* 3. La identificación geográfica de la finca. *A) Circunstancias de la identificación geográfica de las fincas. B) La referencia catastral. C) La georreferenciación de la finca:* 4. La representación gráfica georreferenciada de la finca

COMO CIRCUNSTANCIA DE LA INSCRIPCIÓN: LA BASE GRÁFICA REGISTRAL. *A) Concepto de base gráfica registral. B) Naturaleza jurídica de la base gráfica registral. C) Contenido y archivo de la base gráfica registral. D) Efectos de la base gráfica registral.*—IV. LAS REPERCUSIONES GEOGRÁFICAS DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD EN LA OBRA NUEVA Y EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL: 1 EN LA OBRA NUEVA. 2. EN LA DIVISIÓN HORIZONTAL.—V. CONCLUSIONES.—VI. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA DE LA DGRN CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El principio de especialidad o determinación es uno de los principios hipotecarios por antonomasia[1], configurado el Registro de la Propiedad como institución destinada a la protección del tráfico jurídico y a la consecución de la necesaria seguridad jurídica para ello. Por ello, la descripción de la finca, la delimitación del derecho y la identificación del titular ha de ser indubitada, de modo que permita su individualización en el tráfico jurídico, como medio indispensable para lograr la claridad y certeza de los derechos reales y la confianza que genera la publicidad registral, concatenándose los principios de publicidad y legalidad con el de especialidad, como reconocía la doctrina científica[2].

La doctrina de la DGRN ha reconocido el principio hipotecario de especialidad. Así, la RDGRN de 18 de febrero de 2016 declaró que «*según el principio de especialidad o determinación, solo deben acceder al Registro de la Propiedad situaciones jurídicas que estén perfectamente determinadas, lo que exige que no exista atisbo de duda sobre los elementos esenciales del derecho real inscrito, sin que el registrador pueda hacer deducciones o presunciones, ya que la oscuridad de los pronunciamientos registrales puede acarrear graves consecuencias para la seguridad del tráfico porque quien consultase los asientos del Registro no podría conocer por los datos de los mismos cuál es el alcance, contenido y extensión del derecho inscrito*». Doctrina reiterada por otras posteriores, como la de 2 de noviembre de 2018.

II. EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD EN SU VERTIENTE LITERARIA

1. CONCEPTO

Podemos definir el principio de especialidad como aquel que impone la necesidad de concretar e individualizar los derechos reales que tienen acceso al Registro, exigiendo que el derecho real publicado aparezca exactamente

determinado, en cuanto a su concreción y exacta descripción de la finca sobre la que recae, de los titulares a cuyo favor se inscribe y con expresión de la causa que lo origina[3], para que la publicidad registral despliegue todos sus efectos y genere la confianza del tercero en los pronunciamientos registrales.

2. Aspectos del principio de especialidad

El principio de especialidad puede contemplarse desde un doble punto de vista:

1. Desde el punto de vista sustantivo, exige la determinación exacta de los derechos reales inscribibles en la totalidad de sus aspectos. Como señala el Fundamento de Derecho IV de la RDGRN de 28 de septiembre de 2017: *«Siendo la finca el elemento primordial de nuestro sistema registral —de folio real—, por ser la base sobre la que se asientan todas las operaciones con trascendencia jurídico real (cfr. arts. 1, 8, 9, 17, 20, 38 y 243 de la Ley Hipotecaria y 44 y 51.6.ª del Reglamento Hipotecario), constituye presupuesto básico de toda actividad registral la identidad o coincidencia indubitada entre la finca que aparece descrita en el título presentado y la que figura inscrita en el Registro. Por ello, como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo, (cfr. Resoluciones de 2 de septiembre de 1991, 29 de diciembre de 1992, 21 de junio de 2004 y 10 y 14 de junio de 2010, entre otras), para su acceso al Registro, los títulos inscribibles han de contener una descripción precisa y completa de los inmuebles a que se refieren, de modo que estos queden suficientemente individualizados e identificados (arts. 9.1 de la LH y 51, reglas 1.ª a 4.ª, del RH)».*

2. Desde un punto de vista formal se extiende a la determinación de la forma, lugar y modo de practicarse los asientos, conforme a los artículos 8 y 9 de la LH y el 51 de su Reglamento. El título inscribible expresará, por lo menos, todas las circunstancias de la inscripción, respecto a las personas de los otorgantes, las fincas y los derechos inscritos, conforme al artículo 21.1 de la LH.

3. Extensión de principio de especialidad

La especialidad se extiende a todos los aspectos del derecho real publicado:

1. La finca debe estar identificada con precisión y claridad, pues como declaró la RDGRN de 6 de septiembre de 2013, es el elemento estático del derecho real, sobre el que proyecta sus facultades el titular registral del

derecho y constituye la base física del Registro, que se lleva por fincas, abriendo un folio particular a cada una.

2. Los derechos reales, expresando los datos que permitan precisar exactamente su naturaleza y extensión. Según la RDGRN de 19 de diciembre de 2013, la inscripción expresará «*la naturaleza, extensión y condiciones, suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba, y su valor cuando constare en el título*».

3. La causa del derecho que se inscribe, pues según la RDGRN de 13 de febrero de 2007, el principio de especialidad exige la exacta fijación y delimitación del negocio celebrado (arts. 9 y 112 de la LH, y 51 y 54 del RH) para que cualquiera que consulte el Registro pueda conocer la extensión, alcance y contenido del derecho inscrito.

4. El sujeto a cuyo favor se inscribe, según el artículo 9 d) de la LH y el artículo 51.9 del RH.

De todos ellos[4], nos centramos en el relativo a la finca, objeto de derecho y base física del Registro, como uno de los dos fundamentales del principio de especialidad[5].

4. El principio de especialidad literaria en la descripción de la finca

El Registro de la Propiedad no tiene por objeto identificar personas, ni contratar, ni identificar físicamente el territorio, sino la publicidad de las situaciones jurídico-reales inscribibles, de modo exacto, para garantizar la seguridad de las transacciones inmobiliarias, como sistema de registro de derechos[6]. Por ello, una de sus manifestaciones más importantes es la relativa a la descripción de la finca, que está al servicio de la individualización del objeto del derecho real inscrito.

Cada finca tendrá así su propietario y cada derecho su titular, bajo la técnica registral de folio real, donde la finca es la base del sistema registral[7], como elemento más característico del derecho real, que reúne los caracteres de estabilidad y permanencia, que permiten el perfecto juego de los principios hipotecarios de fe pública, tracto sucesivo y especialidad y también los de legalidad, legitimación, oponibilidad, prioridad y fe pública registral. Por ello, el sistema registral se lleva por fincas, como unidad de cuenta del Registro.

A) El concepto de finca registral

Sin embargo, no se puede encontrar en nuestra legislación un concepto de finca registral. Desde un punto de vista jurídico civil, dos elementos definen el

concepto de finca, el de ser un trozo de terreno (un espacio físico), edificado o no y el de su delimitación poligonal por razón de la pertenencia a uno o a varios propietarios, siendo este elemento jurídico el que la dota de unidad conceptual[8].

Por tanto, la finca es un concepto jurídico con proyección geográfica. Sin embargo, el concepto de finca en sentido registral es más amplio que el de finca en sentido material, pues puede que tenga una existencia meramente intelectual, como los derechos de aprovechamiento urbanístico, o temporal, como el derecho real de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, ya que el concepto de finca puede ser muy sofisticado. Pero todos ellos tienen relación con una porción de terreno donde se asientan.

Esos dos elementos deben estar presentes en el concepto de finca registral, que no es un concepto meramente tabular, sino que tiene una proyección física, directa o indirectamente[9], sin perjuicio de la existencia de fincas especiales. Por ello, no solo estos dos elementos son suficientes para dar un concepto de finca registral, el cual debe contener todos los supuestos que pueden integrarse en el mismo[10].

Desde un punto de vista legal, el artículo 26 del TRLS 7/2015 de 30 de octubre, define la finca como unidad de suelo o edificación atribuida a un propietario o a varios proindiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo. Si a ello le añadimos la nota de susceptibilidad de abrir folio registral, aparece el concepto de finca registral, pero sin convertir lo adjetivo en esencia, como hacía la doctrina tradicional[11].

Por ello, podemos definirla como la unidad del tráfico jurídico inmobiliario, integrada, generalmente, por la superficie de terreno, situado en el suelo, el vuelo o la rasante, atribuida exclusivamente a un solo propietario o a varios proindiviso, que puede abrir folio registral en el Registro territorialmente competente.

B) Caracteres

De esta definición podemos extraer los siguientes caracteres:

1. Es un bien inmueble, pero no todos los inmuebles enumerados por el artículo 334 del Código civil son finca a efectos registrales. Por ello, el bien inmueble es el género y la finca es la especie, como uno de los supuestos de bien inmueble.

2. La finca consiste en un espacio; concepto más amplio que el de trozo de superficie terrestre que utiliza la doctrina tradicional, pues permite incluir en el concepto de finca los tres supuestos que pueden darse, bien sea como constitutivos de una sola finca, o bien como fincas diferentes: el suelo, el vuelo y el subsuelo.

3. Ese espacio debe estar «suficientemente delimitado». Tradicionalmente, se decía que debía estar cerrado por una «línea poligonal». Pero se estima más adecuada la expresión elegida, por llevar implícita su relación con los conceptos de «descripción e identificación de la finca», esenciales para el principio de especialidad.

4. El espacio debe ser «susceptible de aprovechamiento independiente», para dar entrada al concepto de finca funcional, como límite mínimo del concepto de finca, para que cumpla su función de aprovechamiento, conectando el concepto con la idea de sostenibilidad, como se manifiesta en el ámbito agrario y urbanístico, a través de las unidades mínimas agrarias o parcelas urbanas indivisibles, que determinan la superficie mínima para que el ejercicio del derecho sea sostenible.

5. La finca ha de pertenecer a un solo propietario o a varios en comunidad, elemento jurídico, que es el que dota de unidad al concepto.

6. La finca opera como una unidad de tráfico. Si ha de recaer sobre una parte de finca, es necesario proceder a la conversión de esa parte en finca, mediante la correspondiente segregación o división.

7. La finca ha de ser susceptible de abrir folio registral. Este elemento de la definición no puede abstraerse de los demás, como si la finca registral fuese un concepto meramente formal independiente de la finca material, por lo que no es propiamente definitorio del concepto, sino consecuencia o resultado de los demás.

C) Distinción con el concepto de finca funcional

Si el concepto de finca registral no puede separarse del concepto de finca material o civil, debe diferenciarse del concepto de finca funcional, que se delimita no por el derecho que recae sobre ella, sino por su destino económico, como consecuencia del reconocimiento de la función social del derecho de propiedad inmobiliaria y supone una ampliación y una limitación del concepto de finca en sentido material:

1. Es una ampliación al poderse considerar como una sola finca, varias parcelas discontinuas que forman una unidad orgánica. No se trata de un trozo de terreno cerrado por una línea poligonal, sino de una multiplicidad de parcelas y elementos sin continuidad física, pero que forman una unidad de destino económico.

2. Es una limitación, pues a su función económica, habrá que concluir que no todo trozo de terreno cerrado por una línea poligonal es una finca, sino que solo lo será aquella porción de terreno que la costumbre y la misma lógica considere que puede explotarse con independencia. El concepto

de finca funcional no sirve para definir de modo exclusivo el concepto de finca material ni de finca registral.

El término que suele designar a estas fincas en sentido funcional es el de parcela, que admite diversos sentidos, siendo los principales, los de parcela agraria, urbanística y catastral, añadiendo al término parcela un apellido o adjetivo que las especifica.

La parcela catastral, según el artículo 6 del Texto Refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario (TRLCI) es «*la porción de suelo de una misma naturaleza enclavada en un término municipal y cerrada por una línea poligonal que delimita a tales efectos el ámbito espacial del derecho de propiedad de un propietario, o de varios pro indiviso y, en su caso, las construcciones emplazadas en dicho ámbito, cualquiera que sea su dueño y con independencia de otros derechos que recaigan sobre el inmueble*».

La parcela agraria, según la legislación agraria, está en función de la superficie que idealmente le debe corresponder, constituyendo la unidad territorial económicamente idónea de superficie y características similares a las de las fincas existentes, o como una previsión de planificación a la que deben acomodarse las fincas existentes, mediante los expedientes de concentración parcelaria.

En ámbito urbanístico, el artículo 26 del TRLS 7/2015, de 30 de octubre, define la parcela como la unidad de suelo, tanto en la rasante como en el vuelo o el subsuelo, que tenga atribuida edificabilidad y uso o solo uso urbanístico independiente.

Se observan una serie de diferencias conceptuales con relación a la finca, pues:

a) Se habla de porción de suelo de la misma naturaleza, por lo que se atiende únicamente al suelo para definir la parcela, sin perjuicio de aludir también a las construcciones sobre ella. Por tanto, ello determina que puedan existir distintas parcelas rústicas y urbanas, aunque pertenezcan a un mismo propietario, a diferencia de la finca registral, que solo atiende a la titularidad dominical para configurar la finca como unidad del tráfico jurídico. Por ello, la proyección geográfica de unas y otra puede coincidir, contemplándose desde puntos de vista distintos, o no coincidir.

b) La parcela ha de estar enclavada en un término municipal, mientras la finca puede estar situada en dos o más términos, pues lo que la dota de unidad no es una concreta adscripción administrativa, sino una titularidad jurídica determinada sobre ella.

c) La parcela ha de estar cerrada por una línea poligonal, que delimita, a efectos catastrales, el ámbito espacial del derecho de propiedad; a efectos agrarios, el rendimiento óptimo y a efectos urbanísticos la atribución de edificabilidad y uso o solo uso urbanístico independiente. Es decir, que la

titularidad de la parcela no sea elemento esencial para su delimitación, no quiere decir que la misma no sea tenida en cuenta en su configuración, pero contemplada desde otro punto de vista distinto del Derecho civil, donde la atribución de la titularidad sobre finca se produce por la atribución a una persona o varias del poder jurídico exclusivo y excluyente, esencia del derecho real.

d) También es distinta la noción de titularidad que utilizan la finca y la parcela, que en el primer caso ha de estar identificada de modo indubitado, mientras que en la titularidad catastral cabe una relativa indeterminación, admitiéndose la titularidad de herencias yacentes o la titularidad en investigación, siendo aspecto importante la condición de sujeto pasivo tributario.

Estas diferencias determinan que finca y parcela son conceptos diferentes, porque atienden a finalidades distintas, sin perjuicio de su posible relación.

A la vista de todo ello, podemos concluir que:

1. La finca material que se inscribe tiene la consideración de finca registral, a la que dota de unidad su titularidad.
2. Esa finca puede ser una unidad de suelo o de edificación.
3. Cuando la finca registral sea unidad de suelo y tenga proyección geográfica, el principio hipotecario de especialidad exige su descripción e identificación, en razón de su necesaria individualización y por exigencia del sistema de folio real. Por tanto, la descripción e identificación de una finca registral está referida a su proyección geográfica, sin incluir las unidades de edificación y las fincas especiales.
4. La misma no puede definirse teniendo en cuenta, exclusivamente, el concepto de finca funcional, que no atiende principalmente a la titularidad jurídica, sino a su aprovechamiento económico o uso. Así, el artículo 26 del TRLS diferencia finca y parcela, aunque el concepto finca puede incluir los de parcela agraria, urbanística o catastral, de lo que deriva la necesidad de coordinación de estos conceptos.

D) La individualización de la finca registral

Si el Registro de la Propiedad español es un sistema de Registro de Derechos, que se lleva por fincas, por ser el más característico elemento del derecho real, la individualización de la finca registral se convierte en un aspecto esencial del asiento registral y en una de las manifestaciones más importantes del principio de especialidad.

La descripción de la finca es un concepto al servicio de la identificación, que debe comprender todos los extremos que han de constar en el asiento.

Así, la individualización de la finca registral debe hacerse analizando la finca como entidad autónoma de tráfico jurídico y por su relación con las fincas colindantes. Es decir, la finca ha de describirse en su individualidad e identificarse por su ubicación en una trama de fincas, que puede ser discontinúa, por ser la inscripción voluntaria, posibilitando su individualización indubitada en relación con las fincas colindantes.

Por ello, esa individualización debe ser perimetral, completada por la identificación de su ubicación geográfica y su relación con las fincas colindantes. Para llegar a ese grado de individualización de la finca, como manifestación del principio de especialidad, podemos observar una evolución en el sistema descriptivo de las fincas registrales, que vamos a tratar de sistematizar brevemente en el siguiente epígrafe.

5. Evolución del sistema descriptivo de las fincas hasta la Ley 13/2015

En la evolución del sistema descriptivo de fincas registrales podemos observar diversas etapas, que van desde el originario sistema descriptivo exclusivamente literario hacia una progresiva implantación de la técnica de la identificación geográfica de la finca, con diversos intentos, hasta llegar al actual sistema de descripción literaria completado con una ubicación geográfica, mediante la técnica de la georreferenciación.

Para comprender esas etapas hemos de delimitar ciertos conceptos previos, que no siempre son bien entendidos: la identificación y la descripción de la finca. Ambos al servicio de su individualización, como manifestación del principio de especialidad.

Desde un punto de vista etimológico, según el Diccionario de la Real Academia Española, describir es: *«1. tr. Delinear, dibujar, figurar algo, representándolo de modo que dé cabal idea de ello. 2. tr. Representar a alguien o algo por medio del lenguaje, refiriendo o explicando sus distintas partes, cualidades o circunstancias. 3. tr. Definir imperfectamente algo, no por sus predicados esenciales, sino dando una idea general de sus partes o propiedades. 4. tr. Moverse a lo largo de una línea».* Del término identificar nos interesan sus acepciones 1 y 5, según las cuales es «*1. Hacer que dos o más cosas en realidad distintas aparezcan y se consideren como una misma»,* o también *«5. Dicho de dos o más cosas que pueden parecer o considerarse diferentes: Ser una misma realidad».*

Por ello, podemos concluir que la identificación es una acción, integrada en el concepto más amplio de descripción de la finca, para determinar su ubicación geográfica en un lugar concreto del territorio y con una determinada geometría[12], completando su descripción, basada en los consentimien-

tos del titular dominical y de los titulares dominicales de fincas colindantes, que dan sustancia jurídica a una línea perimetral determinada previamente sobre plano, como elemento geográfico[13].

Y podemos concluir que la descripción de la finca, en sentido genérico, es la expresión de sus datos y características, para individualizarla en el tráfico, entre ellos su identificación en el asiento, a través de unos elementos, denominados datos de hecho, que permiten ubicarla en el territorio. Así, la RDGRN de 20 de diciembre de 2013 declaró que la descripción de toda finca debe garantizar de modo preciso e inequívoco, su identificación y localización, como exigencia del principio de especialidad registral.

La importancia de esa descripción se destaca desde cuatro puntos de vista: el del propietario, el de los colindantes, el de la Administración y el de los terceros, a quienes interesa que la inatacabilidad del derecho adquirido conforme al Registro se extienda a este en su integridad, incluido el objeto delimitado por su situación, superficie y linderos.

En esa evolución podemos distinguir dos grandes etapas, que tratamos brevemente.

A) *Individualización basada exclusivamente en la descripción literaria*

Es el sistema de la primitiva Ley Hipotecaria de 1861 que configura el principio de especialidad como uno de los pilares del sistema registral, considerando a la finca como la unidad de cuenta del Registro. Así, cada folio registral abierto a la finca refleja el historial encadenado de los derechos reales y vicisitudes sobre ella[14], que se abre con la inscripción de la titularidad dominical, describiendo las fincas de modo literario, pudiendo ser la expresión de los linderos meramente personales, individualizados no por la finca lindantes, sino por su propietario, a quien se identificaba porque se le veía. Era un sistema basado en la elasticidad, que si bien hoy pudiera parecer obsoleto, además de brillante en su momento, en esencia, puede ser plenamente aplicable a la situación actual[15]. No obstante su sencillez, permitió identificar con cierta seguridad el objeto del derecho en el tráfico inmobiliario, pues con el estado de la técnica, el sistema no demandaba más. Ello no quiere decir que el sistema no tuviera defectos[16].

Se produce un sistema de descripción poco preciso y flexible, que conlleva una falta de homogeneidad en su nivel de precisión, por lo que la protección ofrecida al titular registral puede no ser siempre la misma y dependerá de cómo se haya hecho la descripción, obligando al Registrador a actuar con severidad para exigir la más perfecta descripción[17]. Esta se hacía sin referencia a ningún dato de ubicación geográfica concreta o a datos físicos tomados de cartografía oficial, pues el Catastro se crea en 1906, cuando ya un buen número de fincas se encontraban inscritas con una descripción literaria sin referencia a elementos geográficos, más allá del pago o partido

y el nombre de la calle y el número, que son poco precisos, porque podían variar en el tiempo.

Sin embargo, la fragilidad del Registro respecto a los datos físicos es más aparente que real, pues los elementos descriptivos de las inscripciones sirven de eficaz apoyo a los favorecidos por ellas, por los efectos sustantivos de la inscripción[18].

Con la reforma hipotecaria de 1909, el principio de especialidad sufrió un retroceso, al admitir que se inscribiese en hoja registral especial, bajo un número, los derechos reales (salvo la hipoteca) que gravasen dos o más fincas, volviendo la reforma de 1944-1946 al sistema anterior, asignando a cada finca, desde que se inscriba por primera vez, un número diferente y correlativo (art. 8 de la LH), enumerando una serie de fincas especiales. Según el artículo 9, la descripción comprende la naturaleza de la finca, su situación, su medida superficial, si constare del título y sus linderos, desarrollándose este artículo por el artículo 51 del RH.

Con esta regulación se pretende reforzar el principio de especialidad mejorando la descripción de la finca, en aras de su individualización. Pero, seguimos en un sistema de identificación exclusivamente literaria, discutiéndose si el principio de legitimación registral se extendía a los datos de hecho contenidos en los asientos registrales.

En la doctrina hay una evolución desde la postura negativa de la extensión de los efectos de la inscripción a los datos de hecho, hacia la postura afirmativa, solo en cuanto al principio de legitimación registral, primero a los linderos de la finca, incluyendo después la superficie, aunque el impreciso sistema tradicional de descripción de fincas registrales determina que será necesario acudir a elementos extrarregistrales para identificar la finca en la realidad.

En la Jurisprudencia vemos la misma línea de evolución que en la doctrina, pues de una posición restrictiva que niega que la publicidad registral se extienda a los datos de hecho, como hace la STS de 4 de noviembre de 1993, cuando afirma: «el requisito de la identificación no deviene de la inscripción registral (…), pues el Registro cede ante sus discrepancias con las realidades extrarregistrales…», se pasa a otra que admite la extensión de los efectos de la inscripción, solo en cuanto al principio de legitimación, a los datos de hecho. En este sentido, ya la STS de 21 de marzo de 1953, en sus Considerandos hacía una clara reflexión sobre la necesidad de extender la aplicación del principio de legitimación a los datos de hecho al declarar: «*En nuestro Derecho Hipotecario el asiento registral protege las situaciones jurídicas que en el mismo proclama, y no se extiende con igual intensidad la protección a las situaciones o circunstancias de hecho (…), pero lo que no puede afirmarse sin incurrir en confusionismo, que debilita la garantía y atractivos de la institución hipotecaria, es que la inscripción ni nada vale ni nada protege*

en punto a las situaciones de hecho que el asiento pregona, pues por virtud del principio de legitimación registral, la inscripción ampara al titular (…) con la presunción de que lo que diga el asiento, tanto con referencia a la situación jurídica como a las circunstancias de la finca, en los términos que resultan del mismo, se ha de reputar veraz, mientras no se rectifique o sea declarada su inexactitud, quedando así relevado el titular secundum tabulas de la obligación de probar la concordancia con la realidad extrahipotecaria y desplazando esta obligación hacía la parte que contradiga la presunción mencionada».

B) Individualización mediante una descripción literaria y su georreferenciación

La introducción de la técnica de la identificación gráfica en la descripción de la finca tiene su preámbulo en la RDGRN de 31 de agosto de 1987, sobre informatización de los Registros de la Propiedad e implantación de bases gráficas[19], que en su artículo 6 disponía: «1. A título experimental y como complemento identificador de las fincas, en los Registros de la Propiedad se dispondrá progresivamente de una base gráfica, a escala unificada, en la que el registrador, por sí o mediante indicación del titular registral, pueda situar las fincas objeto de los asientos. *La escala gráfica del plano será la adecuada para el tipo de fincas de que se trate. 2. La indicación de la situación de la finca en el plano matriz se hará constar en el índice de fincas».* Esta resolución considera la base gráfica como instrumento de control auxiliar en el ejercicio de la calificación registral, para situar la finca en el territorio, originando de un nuevo sistema de definición de las mismas, el de la definición perimetral georreferenciada.

El primer intento legislativo de introducir la técnica de la identificación geográfica se produce con la publicación del RD 430/1990, que introdujo el artículo 398 b) del RH, que dispuso: «1. *Los Registros de la Propiedad utilizarán como base gráfica para la identificación de las fincas la Cartografía Catastral oficial del Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria en soporte papel o digitalizado. 2. La indicación de la situación de la finca en el plano matriz se hará constar en el índice de fincas. Se utilizarán como identificadores a estos efectos la referencia catastral de la parcela, en fincas urbanas, o la referencia parcelaria y coordinada UTM, en fincas rústicas. 3. La implantación de las bases gráficas se realizará de manera progresiva conforme al plan de actuación que fije la Dirección General de los Registros y del Notariado en coordinación con el Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria*». La Ley 13/1996 impuso la expresión de la referencia catastral en los asientos del Registro de la Propiedad, cuando se acreditara por el interesado. El RD 1867/1998 reformó el artículo 51 y 298 del RH, en idéntico sentido, expresando que su descripción ha de ser preferentemente

perimetral y permitiendo que su descripción se completase con una base gráfica, o su definición topográfica e imponiendo la coincidencia entre finca registral y parcela catastral en la inmatriculación de la finca[20].

Este artículo se desarrolla por la Instrucción de la DGRN de 2 de marzo de 2000[21], que parte de la referencia catastral como elemento principal de localización e identificación gráfica de las fincas, considerando que la finca registral tiene la misma configuración de la unidad catastral correspondiente, si el Registrador llega a la convicción de la plena identidad entre descripción de la finca registral y la de la parcela catastral, obtenida a través de la referencia catastral, determinando los requisitos que debe cumplir la referencia catastral para que el registrador pueda considerar esa correspondencia con la identidad de la finca registral. Esos requisitos se elevarán a rango legal en el artículo 45 del TRLCI 1/2004. La correspondencia se producirá cuando los datos de situación, denominación y superficie, si constare esta última, coincidan con los del título y, en su caso, con los del Registro de la Propiedad y cuando no existan diferencias de superficie superiores al 10% de la cabida inscrita, siempre que, además, no existan dudas fundadas sobre la identidad de la finca, derivadas de otros datos descriptivos.

Los efectos de la identificación gráfica de la finca eran los del artículo 4 de la Instrucción:

1. Se incorpora la finca a la base cartográfica del Registro de la Propiedad, con entidad geográfica propia y autónoma.
2. La identificación gráfica debe indicarse en el folio de la finca, relacionándolo con su definición gráfica, conectados a través de soporte informático, constando la nota en la publicidad registral, que podía tener salida gráfica.
3. En las actuaciones posteriores se tendrá en cuenta la delimitación de la finca en la cartografía registral. La Instrucción no hace referencia a efectos sustantivos de la identificación gráfica de la finca, quizás porque la tecnología contemporánea no lo permitía y el estado de la doctrina en aquel momento tampoco. Pero, parece que puede suponer un punto de arranque para asignar a la representación gráfica de la finca un valor parecido al hecho de dejar constancia en el Registro de la Propiedad de la referencia catastral, es decir, el valor de un dato descriptivo más de la finca.

Posteriormente, la Ley 24/2001, recogiendo la doctrina que aboga por implantar el uso de bases gráficas en la descripción de las fincas[22] da cobertura legal definitiva al sistema de bases gráficas registrales, completando la descripción, al disponer en los párrafos 2.º y 3.º del artículo 9.1 de la LH: *«Podrá completarse la identificación de la finca mediante la incorporación al título inscribible de una base gráfica o mediante su definición topográfica con arreglo a un sistema de coordenadas geográficas referido a las redes nacionales*

geodésicas y de nivelación en proyecto expedido por técnico competente. La base gráfica catastral o urbanística y el plano topográfico, si se utilizasen, deberán acompañarse al título en ejemplar duplicado. Uno de sus ejemplares se archivará en el Registro, sin perjuicio de su incorporación a soportes informáticos. Del archivo del duplicado se tomará nota al margen del asiento correspondiente a la operación practicada y en el ejemplar archivado el registrador hará constar referencia suficiente a la finca correspondiente. Podrá obtenerse el archivo de la base gráfica como operación registral específica mediante acta notarial autorizada a requerimiento del titular registral en la que se describa la finca y se incorpore la base gráfica. Los registradores dispondrán de aplicaciones informáticas para el tratamiento de bases gráficas que permitan su coordinación con las fincas registrales y la incorporación a estas de la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente».

El precepto distingue la técnica del archivo de la definición topográfica aportada por las partes (párrafo 2.º) y la del tratamiento de la base gráfica mediante aplicaciones informáticas que permitan su coordinación con las fincas registrales y la incorporación a estas de la calificación correspondiente. La técnica del archivo es de carácter auxiliar, pero la técnica del tratamiento de la base gráfica (párrafo 3.º) requiere el uso de una aplicación, una calificación registral y la constancia de su resultado en el asiento correspondiente, dejando el campo abonado para la incorporación al asiento de la georreferenciación de la finca, con producción de efectos jurídicos.

C) La incorporación al asiento de la técnica de la georreferenciación

La incorporación de la técnica de la identificación geográfica, como complemento de la descripción, se produce definitivamente con la Ley 13/2015, de 24 de junio reformadora de la Ley Hipotecaria y de la Ley del Catastro Inmobiliario, redacta el artículo 9.1 párrafo 1.º, letras a) y b) en los siguientes términos: *«El folio real de cada finca incorporará necesariamente el código registral único de aquella. Los asientos del Registro contendrán la expresión de las circunstancias relativas al sujeto, objeto y contenido de los derechos inscribibles según resulten del título y los asientos del registro, previa calificación del Registrador. A tal fin, la inscripción contendrá las circunstancias siguientes: a) Descripción de la finca objeto de inscripción, con su situación física detallada, los datos relativos a su naturaleza, linderos, superficie y, tratándose de edificaciones, expresión del archivo registral del libro del edificio, salvo que por su antigüedad no les fuera exigible. Igualmente se incluirá la referencia catastral del inmueble o inmuebles que la integren y el hecho de estar o no la finca coordinada gráficamente con el Catastro en los términos del artículo 10. 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. b) 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». El precepto formula el principio de especialidad en lo referente a la descripción de la finca, que adquiere una vertiente geográfica que pasamos a intentar determinar.

III. LAS REPERCUSIONES GEOGRÁFICAS DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

1. Introducción

La nueva redacción del artículo 9.1 de la LH supone un reforzamiento del principio de especialidad, en lo relativo a la descripción e identificación geográfica de la finca, introduciendo una serie de novedades que podemos clasificarlas en dos grupos, según se refieran a la descripción literaria o a la identificación geográfica de la finca.

1. En materia descriptiva, podemos aludir a la naturaleza, situación física detallada, superficie, como requisito legal obligatorio de la descripción y linderos, pudiendo el registrador, consultando la aplicación informática homologada, determinar la correspondencia entre los linderos relacionados en el título y los que resultan del entramado de georreferenciaciones de fincas inscritas e identificadas, con valor auxiliar de calificación. Con ello, se podrá convertir una descripción literaria en perimetral, conforme al artículo 51.4 del RH, pues las fincas lindan con fincas.

2. En materia de identificación, se introducen novedades que determinan la consolidación definitiva del principio de especialidad registral, extendido a la identificación geográfica de la finca y a su coordinación gráfica con el Catastro.

2. El código registral único de la finca

A) Concepto y caracteres

La primera novedad del artículo 9.1 es la de incluir una nueva circunstancia en el folio real, cuando dispone: *«El folio real de cada finca incorporará*

necesariamente el código registral único de aquella». Este inciso se desarrolla por el número quinto de la Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015.

El código registral único de la finca (CRU), identifica de forma única una finca registral en todo el territorio nacional. Por tanto, se caracteriza por:

1. Localizar la finca registral en el Registro de la Propiedad donde está inscrita.
2. Ser único para cada finca. No puede existir dos fincas con idéntico CRU.
3. Permanecer invariable, aunque varíe la demarcación del distrito hipotecario.
4. Ser elemento de relación con los identificadores de otras realidades territoriales como la referencia catastral, cuando la finca esté coordinada gráficamente con el Catastro, pues conforme al artículo 10.2 de la LH, «*el Registrador trasladará al Catastro el código registral de las fincas que hayan sido coordinadas*».

B) Composición y asignación del código registral único

El CRU está integrado por 14 dígitos. Los cinco primeros, identifican la provincia de ubicación del Registro y el Registro. A continuación se expresan los ceros necesarios para completar 14 dígitos, con el identificador de la finca, salvo el último que es de control, similar a la letra del DNI.

Es cada Registro el encargado de generar el CRU, mediante proceso telemático automatizado, aplicable tanto a las fincas registrales preexistentes al 1 de noviembre de 2015 como a las que abran folio real a partir de dicha fecha.

Según el párrafo 2.º del número quinto de la Resolución Circular, a partir de la fecha de la resolución que apruebe la homologación de la aplicación a que se refiere el artículo 9 de la LH, que se produjo el 2 de agosto de 2016, a las nuevas fincas registrales se les asignará el código único de finca registral y para evitar disfunciones no se les asignará el número de finca o subfinca particular dentro de cada registro, término municipal y sección que procedía conforme a la normativa reglamentaria anterior a la implantación legal del código registral único. Pero, este criterio restrictivo se matiza por la RDGRN de 2 de septiembre de 2016, cuando declaró que ello se entiende *«sin perjuicio de que pueda continuar utilizándose la numeración tradicional únicamente a efectos meramente internos o para facilitar el trabajo de la oficina».* Respecto a las preexistentes «*deberá hacerse referencia tanto en la nota de despacho del documento, como en la publicidad formal, incluida la que haya de proporcionarse a los notarios con ocasión de la autorización de alguna escritura (cfr. art. 354 a) del Reglamento Hipotecario), tanto el código registral único, como el número de finca registral tradicional».*

C) Significación del código registral único

La asignación de un CRU a la finca transita hacia la configuración del sistema registral como sistema de Registro Electrónico, sin alterar su condición de Registro de Derechos, con una importante calificación registral para posibilitar una publicidad registral exacta.

El CRU responde al criterio de localizar la finca indubitadamente en el Registro territorialmente competente. Por ello, era necesario modificar la técnica registral de inscribir las fincas asentadas sobre dos distritos hipotecarios en folios diferentes y con números diferentes, a pesar de referirse al mismo sector de territorio, adaptándose su descripción a una delimitación administrativa, como la del Distrito Hipotecario, cuando es un aspecto jurídico (la pertenencia a una persona o varias) la que dota de unidad al concepto. Ello se hace a través del RD 195/2017, de 3 de marzo, que modifica la redacción del artículo 2.1 del RH que, en su segundo párrafo, atribuye la competencia a un registrador al disponer: «*Si alguna finca radicase en territorio perteneciente a dos o más registros, será íntegramente competente aquel en cuya circunscripción se ubique la mayor parte de la finca*», remitiendo su DTR 4.ª al expediente del traslado de la finca del artículo 3 del RH, que se entenderá solicitado con la petición de inscripción. La posible discordancia entre historiales, se sustanciará por las normas de la doble inmatriculación.

La redacción dista de ser precisa, pues la expresión «*la mayor parte de la finca*» puede dar lugar a diferentes interpretaciones. La RDGRN de 7 de julio de 2017 ha interpretado que el criterio para determinar la competencia debe ser el de la mayor superficie, aplicando la RDGRN de 3 de julio de 2019 ese criterio, incluso para señalar la competencia registral para calificar una reparcelación o un complejo inmobiliario[23].

En todo caso, la exigencia de ese CRU, supone un reforzamiento del principio de especialidad, en su vertiente geográfica, pues nos lleva directamente a la finca, dotada de unidad por su titularidad e indirectamente al Registro de la Propiedad competente, que será único, lo que implica ya una primera localización geográfica. La exigencia de ese código es imprescindible en un sistema registral en tránsito hacia el formato electrónico que proclama el artículo 19 de la Ley 14/2013.

3. La identificación geográfica de la finca

A) Circunstancias de la identificación geográfica de las fincas

La ley utiliza dos elementos para lograr la identificación geográfica de la finca: la referencia catastral para ubicarla sobre la cartografía catastral

básica para identificar fincas y su georreferenciación, para identificar su geometría, de origen preferentemente catastral y subsidiariamente alternativo, en defecto o inexactitud de la primera.

B) La referencia catastral

El artículo 9.1 la recoge, por primera vez, como circunstancia de la inscripción, en la Ley Hipotecaria. Su exigencia no era una novedad, pues ya se preveía en el artículo 53.10 de la Ley 13/1996[24].

Sin embargo, como ha puesto de relieve la doctrina[25], dadas las diferencias entre dos realidades conceptuales diferentes, como finca registral y parcela catastral, la utilización de la referencia catastral no es más que un elemento de localización de la finca, como unidad de tráfico, en una cartografía oficial, la catastral. Y ello es así, porque el legislador, consciente de la importancia de esa localización geográfica, la impone sobre una cartografía continua y que cubre todo el territorio nacional, por considerarla la mejor cartografía oficial disponible del dominio inmobiliario. Es decir, la cartografía catastral es el tablero sobre el que se localiza la finca registral, sin que ello signifique que la parcela catastral se asume como geometría de la finca registral, ni que la descripción del catastro se asuma como la de la finca registral[26].

Así, dispone el artículo 10.1 de la LH: «*La base de representación gráfica de las fincas registrales será la cartografía catastral, que estará a disposición de los Registradores de la Propiedad*». Y según la RDGRN de 3 de noviembre de 2015 la inscripción de la referencia catastral permite localizar la finca en la cartografía catastral, inequívocamente.

Pero, esa referencia catastral, acreditada por los otorgantes del título incorporando la certificación catastral descriptiva y gráfica, no puede asumirse sin más como elemento de localización de la finca, pues la misma debe calificarse por el registrador, que ha de declararla correspondiente, cuando se cumplan los requisitos del artículo 45 del TRLCI 1/2004, como vimos al tratar de la calificación registral gráfica.

La operación de situación de la finca, tras la Ley 13/2015, se ha convertido en una operación del registrador consistente en su localización indubitada, sin alteración de los linderos, aunque alguno de los requisitos del artículo 45 del TRLCI, pueda no cumplirse. Y ello debe ser así, pues como declaró la RDGRN de 16 de mayo de 2014: *«la determinación de la finca registral, como base física, sobre la que se proyectan el dominio y los derechos reales sobre los inmuebles, deberá realizarse por el Registrador»*.

Pero, la inscripción de la referencia catastral no implica sustitución de la descripción registral de la finca, ni incorporación inmediata al folio re-

gistral de los datos que sobre naturaleza, linderos y superficie que figuren en el Catastro, según la RDGRN de 4 de diciembre de 2013; solo implica la identificación de la localización de la finca, no la concordancia de su descripción con la de la parcela catastral correspondiente[27]. Tampoco implica la coordinación gráfica de la finca con la parcela catastral, pues no supone la inscripción de la georreferenciación, ni la rectificación de la descripción registral de la finca (art. 9.b, párr. 7.º de la LH), si no se solicita, explícita o implícitamente, pues la coordinación gráfica es un *desideratum* del legislador.

Por tanto, la consideración de la referencia catastral como circunstancia de la inscripción refuerza el principio de especialidad, dotándolo de una repercusión geográfica, cuál es su localización sobre una cartografía oficial básica para identificar fincas registrales, aunque temática según la legislación cartográfica vigente, como es la catastral, general para todo el territorio nacional y homogénea. La identificación gráfica realizada por el registrador con valor auxiliar pasa a formar parte del contenido del Registro, integrando el entramado de georreferenciaciones identificadas en la aplicación informática homologada del artículo 9, con valor auxiliar de calificación, sin que por ese solo hecho se asuma la geometría ni la descripción de la parcela catastral, como propia de la finca registral.

Ese sistema de ubicación de fincas registrales, es el preferente pero no el único, pues conforme al artículo 9 b) párrafo 8.º: *«A efectos de valorar la correspondencia de la representación gráfica aportada, en los supuestos de falta o insuficiencia de los documentos suministrados, el Registrador podrá utilizar, con carácter meramente auxiliar, otras representaciones gráficas disponibles, que le permitan averiguar las características topográficas de la finca y su línea poligonal de delimitación»*. Así, si coincide el número de parcela de una reparcelación, que consta en el folio y en la cartografía urbanística oficial, puede identificarse geográficamente la finca y rechazar aquella referencia catastral que nos lleve a una parcela distinta.

C) La georreferenciación de la finca registral

La posibilidad de incorporar al folio real la georreferenciación de la finca, para completar su descripción, es quizás la novedad más importante de la Ley 13/2015. Mediante ella, ya no se trata solamente de ubicar la finca sobre una cartografía oficial, sino además de identificar su geometría concreta y su coherencia con la descripción literaria del asiento y los linderos de la finca, para transformar su descripción literaria en perimetral, donde las fincas lindan con fincas y georreferenciada. Con ello, se cumplen los tres principios de apoyo del sistema de bases gráficas registrales: las fincas lindan

con fincas, se ubican en un lugar concreto del territorio y tienen una geometría determinada que permite diferenciarla de la de las fincas colindantes.

Esta nueva circunstancia, regulada en el artículo 9 b) de la LH, es consecuencia de la repercusión geográfica que adquiere el principio de especialidad, cuando dispone en sus párrafos 1.º y 2.º: «b) *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. Asimismo, dicha representación podrá incorporarse con carácter potestativo al tiempo de formalizarse cualquier acto inscribible, o como operación registral específica».*

La representación gráfica de la finca se caracteriza por:

1. Aportarse por los interesados y no conformarse autónomamente por el registrador, pues conforme al artículo 9 b) párrafo 3.º: «*Para la incorporación de la representación gráfica de la finca al folio real, deberá aportarse junto con el título inscribible la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, salvo que se trate de uno de los supuestos en los que la ley admita otra representación gráfica georreferenciada alternativa»*. Pero, la georreferenciación que se inscribe no es una catastral u alternativa, sino que el registrador toma del contenido del archivo informático que contiene dicha georreferenciación, la parte de este con trascendencia real; es decir, las coordenadas de georreferenciación identificadoras de la geometría de la finca, que debe ser coherente con la descripción literaria, tras la calificación registral sin más, o mediante un expediente específico, cuando no haya coherencia.

2. Debe contenerse en archivo informático GML, que si es de origen catastral, se incorpora como adjunto en la certificación catastral descriptiva y gráfica obtenida en la sede electrónica del Catastro y si es alternativa, deberá *ser el archivo GML previsto en el Anexo de la Resolución Conjunta de 26 de octubre de 2015 citada.*

3. Debe calificarse por el registrador, conforme a los párrafos 4.º y 5.º del artículo 9 b), cuando disponen: «*La representación gráfica aportada será objeto de incorporación al folio real de la finca, siempre que no se alberguen dudas por el Registrador sobre la correspondencia entre dicha representación y la finca inscrita, valorando la falta de coincidencia, siquiera parcial, con otra representación gráfica previamente incorporada, así como la posible invasión del dominio público. Se entenderá que existe correspondencia entre la representación gráfica aportada y la descripción literaria de la finca cuando ambos recintos se refieran básicamente a la misma porción del territorio y las diferencias de cabida, si las hubiera, no excedan del diez por ciento de la*

cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de los colindantes».

4. Si el registrador resuelve incorporarla al folio real, se convierte en circunstancia de la inscripción, que redactará, mediante el procedimiento que luego veremos, como auténtica circunstancia electrónica de la inscripción, que se reflejará en el asiento en papel. Esa circunstancia electrónica puede configurarse como:

a) Necesaria, sin cuya incorporación no puede practicarse el asiento literario, en las operaciones por las que se abren nuevos folios registrales a realidades físicas, que todavía no habían tenido acceso al Registro, directamente (inmatriculación) o indirectamente (reparcelaciones, concentraciones parcelarias, expropiaciones o operaciones de modificación de entidades hipotecarias).

b) Potestativa, sin la cual puede practicarse el asiento, cuando no se cumplan las circunstancias determinadas en los párrafos 4.º y 5.º, según la calificación registral. En estos casos, su incorporación al asiento requerirá petición de tramitación de uno de los expedientes del título VI de la LH, para concordar el Registro con la realidad física, que también se requerirá en los supuestos en los que la georreferenciación sea circunstancia necesaria de la inscripción y la calificación registral sea negativa, aunque en este caso, no se requerirá una petición específica, sino que se entenderá solicitado por la sola presentación del título con cualquiera de las operaciones enumeradas. En ese sentido hay que interpretar el segundo párrafo del artículo 9.1, antes citado.

4. La representación gráfica georreferenciada de la finca como circunstancia de la inscripción: la base gráfica registral

La ley denomina esta nueva circunstancia como representación gráfica georreferenciada de la finca registral, que completa su descripción, aportada por los interesados y de origen preferentemente catastral y, por su defecto o inexactitud, alternativa a la catastral, con los requisitos del artículo 9 b) y el número 7 de la Resolución Conjunta de la DGRN y la Dirección General del Catastro de 26 de octubre de 2015. Sin embargo, no se inscribe la misma representación gráfica aportada, sino otra basada en ella pero distinta, que añade a la georreferenciación aportada:

1. La calificación registral y un procedimiento especial de incorporación, si la calificación fue negativa, por discordancia del Registro con la realidad física.

2. La firma electrónica del registrador, como instrumento técnico para generar un código seguro de verificación, de carácter alfanumérico, que permite su incorporación al asiento literario en soporte papel, como veremos posteriormente.

3. Se integra en el contenido del Registro, mediante su incorporación a un asiento del folio, que determina su sujeción a los principios hipotecarios y a un sistema de información geográfica registral, que permita su publicidad registral, que no puede producirse por los medios tradicionales, sino a través de este sistema de información geográfica, como geoportal registral, que pasa a integrar el contenido del registro, como entramado de georreferenciaciones inscritas de fincas del Distrito Hipotecario.

4. La producción de los efectos propios de la inscripción por constar en el asiento, lo que nunca producirá la georreferenciación aportada por los interesados.

Por ello, no es exacto a nuestro entender, que se haya convertido la base gráfica catastral como base física del Registro de la Propiedad. Lo que se incorpora al asiento es una georreferenciación, como expresión de unas coordenadas, coherente con la descripción de la finca, según la calificación registral y que permita seguir manteniendo la homogeneidad de la cartografía catastral.

En consecuencia, podemos concluir que lo que se incorpora al asiento es una circunstancia redactada por el registrador, como cualquier otra del asiento, sobre la base de las declaraciones de las partes, pero distinta de la aportada, por los efectos que produce y los principios a los que se somete. De ahí la necesidad de coordinación gráfica con una realidad física, que se contempla desde puntos de vista distintos.

A esa georreferenciación inscrita es a la que, tras la Ley 13/2015, podemos denominar base gráfica registral, aunque la ley no utiliza esa expresión, criticada por su falta de precisión, pero consagrada por la doctrina registral previa a la entrada en vigor de la citada ley, que entendemos puede seguir manteniéndose, por respeto a la terminología tradicional, aunque con alcance distinto.

A) Concepto de base gráfica registral

Tras la redacción del artículo 9 de la LH por la Ley 24/2001, VÁZQUEZ ASENJO definía la base gráfica registral como la traducción al lenguaje gráfico territorial de la descripción alfanumérica o literaria que de la finca que se lleva a cabo en el folio registral, mediante la validación del registrador por la que afirma, bajo su responsabilidad, la coincidencia identificativa entre la descripción geográfica de la base gráfica registral y la descripción literaria de la finca en el folio registral.

La base gráfica registral no es la propia finca registral. Es una representación abstracta de un fenómeno real, de un objeto espacial que es la finca registral, siendo un metaobjeto, pues nace del objeto espacial finca registral, que se compone de una serie de datos espaciales como atributos del mismo[28].

Esa base gráfica registral no pretende la correspondencia con la catastral, ni con la imagen del territorio ni con la realidad jurídica extrarregistral. El registro traducía la descripción literaria de la finca en una realidad gráfica sobre el territorio, mediante la utilización de otras bases gráficas, de la cartografía y de las ortofotos correspondientes.

Cuando esa actividad tenía un resultado positivo y el registrador la convicción que la descripción se correspondía con una porción determinada del territorio, realizaba una actividad de validación de la base gráfica de la finca registral. Esa convicción se formaba a través de los denominados criterios de validación positivos.

Tras la Ley 13/2015, ese concepto de base gráfica registral ha sufrido modificaciones en cuanto al proceso de formación y objetivos, pero, en esencia, existe una aportación de documentación, una calificación registral y una decisión del registrador coherente con esa calificación, que ha de plasmarse en el folio registral, como ocurría anteriormente con la acción de validación del registrador de la que se dejaba constancia en el folio registral, mediante una nota marginal.

Tras la nueva redacción, podemos seguir defendiendo el carácter autónomo de la georreferenciación inscrita de la finca registral[29], que seguiremos denominando base gráfica registral. Pero, la ley introduce modificaciones importantes, pues:

1. Encorseta el procedimiento de formación de la base gráfica registral, limitando la libertad anterior del registrador, al determinar los componentes del escenario de la calificación registral gráfica. El mismo ha de confeccionarse en la aplicación informática del artículo 9 de la LH, dotado del acceso a la cartografía catastral vigente, mediante el enlace con el WMS del Catastro, la ortofoto PNOA vigente y la asociación de la información territorial pública que pueda incidir en la calificación o limitaciones dominicales, para garantizar el cumplimiento de la legislación de ordenación territorial, que pueda afectar a cada Distrito Hipotecario. Posiblemente, el objetivo de la ley sea garantizar la homogeneidad de la cartografía oficial para, como parece insinuar la exposición de motivos, evitar duplicidades. Sin embargo, late en la ley cierta imprecisión al tratar conceptos como los de cartografía básica y temática. En la consideración de la cartografía registral como temática, como la catastral, ningún inconveniente existía para dar publicidad de la representación gráfica del dominio inscrito, coincidiera o no con el de la parcela catastral, pues una realidad física puede contemplarse desde distintos puntos de vista.

2. La georreferenciación siempre ha de ser aportada por los interesados, sin que pueda formarse de oficio por el registrador, como ocurría tras la entrada en vigor del artículo 9.1 redactado por la Ley 24/2001. Y ello debe ser así porque la descripción de la finca y su georreferenciación son facultades que se insertan en el contenido esencial del derecho de propiedad, que solo puede ser limitado, mediante ley, por causa de utilidad pública o interés social, según el artículo 33 de la CE.

Ciertamente, se limita la facultad de descripción del propietario, al imponerle como preferente la cartografía catastral, como mejor cartografía oficial de la finca, según el legislador, pero se hace mediante ley y por causa de interés social, como puede ser el de evitar duplicidades. Es decir, por el interés social de garantizar la homogeneidad de una cartografía del dominio que debe cubrir todo el territorio nacional. Ahora bien, si profundizamos en el tema, la única cartografía del dominio que cubre todo el territorio nacional, aunque sea discontinua, al ser la inscripción voluntaria, es la registral, que alcanza incluso a los territorios con competencia propia en materia catastral, como son Navarra y el País Vasco. Por ello, entendemos que la interpretación correcta es que la representación gráfica del dominio inscrito debe aportarse por los particulares, debe basarse sobre cartografía catastral, respecto de la cual el propietario debe hacer una serie de manifestaciones sobre su exactitud o no, que podrá subsanar, tanto en vía catastral como en registral (art. 18 del TRLCI y 199 y 201 de la LH). Pero es competencia de los registradores, calificarla y decidir su incorporación o no al folio registral, apoyándose en la cartografía catastral, para evitar duplicidades, pero sin identificarse con esa cartografía.

Cuestión distinta es la previa identificación geográfica que debe realizar el registrador de la descripción de la finca que resulta del Registro, que tienen un valor auxiliar de calificación, que consiste, precisamente, en la comparación de ambos recintos, para determinar la coherencia entre ambos, que permita la incorporación de la aportada, por ser más actual, siempre que no exista discordancia. Para ello, el registrador puede servirse de otras representaciones gráficas, además de la catastral, según el artículo 9 b) párrafo 8.º.

3. La georreferenciación aportada será preferentemente la catastral, parte necesaria del contenido del título (art. 3 del TRLCI) y solo por defecto o inexactitud se admitirá una alternativa a la catastral. La admisión de esa cartografía alternativa es esencial para determinar que la legislación no ha querido identificar los conceptos de finca registral y parcela catastral. La aportación de esa georreferenciación alternativa tampoco determina su incorporación inmediata al asiento, pues también debe calificarse por el registrador. Dados los requisitos adicionales que debe cumplir esa georreferenciación alternativa, lo que ha buscado la Ley 13/2015 ha sido garantizar

la homogeneidad de la cartografía oficial, minimizando las diferencias, a costa de la pérdida de cierta exactitud, que en una institución de seguridad jurídica, como es el Registro de la Propiedad, no es lo más recomendable.

4. La incorporación de la georreferenciación al folio registral trata de completar la descripción de la finca, adaptándola a la misma para concordar la realidad registral con la física extrarregistral. De ahí que, en los supuestos en que exista correspondencia, su incorporación al folio permita la rectificación de la descripción, de oficio por el registrador, cuando las diferencias de superficie sean inferiores al 10 % de la cabida inscrita y el registrador haya logrado la convicción respecto a la correspondencia de la finca registral con la parcela catastral, es conforme al artículo 9 de la LH.

5. La incorporación de la georreferenciación tiene además como objetivo lograr la coordinación gráfica con el Catastro, cuando la georreferenciación que se inscribe es de origen catastral, o establecer el inicio del procedimiento para lograr la coordinación, cuando se inscribe una georreferenciación alternativa. A nuestro entender, la coordinación gráfica no debe ser un objetivo de la inscripción de la georreferenciación, sino que más bien es la consecuencia.

La finca estará coordinada gráficamente con la catastral, si la georreferenciación que se inscribe toma las coordenadas del GML catastral aportado, calificado positivamente por el registrador, que decide incorporarlo al asiento, o una vez culminado el expediente necesario para subsanar una discordancia.

Si se inscribe una georreferenciación alternativa, la finca estará pendiente de coordinación hasta que el Catastro practique la alteración y comunique al Registro su práctica, momento en el que pasará a estar coordinada.

Si no se inscribe ninguna georreferenciación, la finca estará no coordinada gráficamente con el Catastro y tendrá una georreferenciación con valor auxiliar de calificación, pero su existencia registral será meramente literaria, sin producción de efectos jurídicos y sin posibilidad de publicidad registral. El registrador, en ese caso, tendrá que dejar constancia en la inscripción de las causas que impiden la incorporación de la georreferenciación, fundamentándolos y comunicándolo al Catastro y al interesado en la nota de calificación gráfica correspondiente, en la que podrá insertar la georreferenciación aportada.

6. La inscripción de la georreferenciación de la finca produce efectos jurídicos y pasa a regirse por los principios hipotecarios, perdiendo su origen catastral o alternativo, convirtiéndose en sustancia registral, con unas reglas propias, pues:

a) Hará prueba preferente en los tribunales, por aplicación del principio de legitimación registral del artículo 38 de la LH, en relación con su artículo 10.5. Esa legitimación registral será automática si se inscribe una georreferenciación catastral, o diferida, tras seis meses sin oposición del Catastro si

es alternativa. En caso de oposición, esta determina la falta de coordinación. Respecto a si se produce o no la legitimación registral de la georreferenciación inscrita y no coordinada gráficamente con el Catastro por oposición expresa de este, trataremos en el artículo correspondiente a ese principio.

b) Tendrá preferencia sobre otra presentada posteriormente, que alegue una georreferenciación incoherente con la primeramente presentada, por aplicación del principio de prioridad registral.

c) Será oponible a otra georreferenciación divergente no inscrita, por aplicación del principio de oponibilidad del artículo 32 de la LH.

d) Solo podrá modificarse por consentimiento del propietario o propietarios, o por resolución judicial, por aplicación del principio de tracto sucesivo.

Tras estas modificaciones, podemos definir la base gráfica registral como la representación gráfica del dominio inscrito, aportada y ratificada por el propietario, de origen catastral o alternativo, calificada positivamente por el registrador, que aprecia la coherencia de la descripción literaria con la georreferenciación inscrita, mediante la firma del asiento por el registrador, a partir de la cual, se producen los efectos propios de la inscripción y determina el estado de coordinación gráfica de la finca con el catastro y la concordancia de la descripción con la realidad física.

B) Naturaleza jurídica de la base gráfica registral

Con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley 13/2015, VÁZQUEZ ASENJO, entre otros, ya defendía la naturaleza jurídica de la base gráfica registral, como decisión del registrador en un trámite del procedimiento registral. Pero, en ocasiones, se adaptaba la base gráfica a la descripción literaria, práctica que suprime la Ley 13/2015, que refuerza la naturaleza jurídica de la base gráfica registral, como decisión del registrador sobre la coherencia de la georreferenciación incorporada con la descripción literaria de la finca, con efectos jurídicos y posibilidad de publicidad registral.

C) Contenido y archivo de la base gráfica registral

La base gráfica registral es un archivo electrónico, siendo este el aspecto más relevante de esta nueva circunstancia del asiento, diferente de las demás, de carácter literario y perceptible por la mente humana. El diferente soporte de esta circunstancia se explica por el tránsito legislativo hacia un Registro en formato electrónico en el que se incluye la Ley 13/2015, tránsito no culminado. La *mens legislatoris* estaba pensando en un Registro Electró-

nico y aunque en su última redacción trataron de pulirse esas referencias, las reminiscencias referentes al Registro Electrónico son innegables.

Ello planteó problemas interpretativos respecto al modo de incorporar un archivo de origen electrónico a un asiento en soporte papel. Para ello, hubo que interpretar la ley, teniendo presente que nuestro sistema es de Registro de Derechos y de inscripción, donde el registrador redacta el asiento, en la manera determinada por la ley, tomando del título inscribible lo que tiene trascendencia real, que se extracta en el asiento, cuyo contenido íntegro asume con su firma.

Así, con relación a la georreferenciación, el registrador toma de la aportada en archivo electrónico GML, la parte del mismo con trascendencia real, es decir, las coordenadas de georreferenciación, determinantes de la geometría de la finca. A ellas se añade el código registral único de la finca y el asiento de presentación, asignando esa geometría a esa finca, sin que pueda asignarse a ninguna otra, sobre el escenario de configuración dotado por la aplicación informática homologada, una vez comprobado que se cumplen los criterios de correspondencia del artículo 9.

El archivo GML que se incorpora al asiento puede coordinarse con el aportado[30], pues el registrador añade su calificación y firma electrónica, creando ese archivo GML registral con lenguaje alfanumérico, pero destinado a ser leído por un sistema de información geográfica y no por la mente humana.

Firmado el archivo GML con el certificado de firma electrónica reconocida del registrador, se genera un código seguro de verificación, identificando el archivo indubitadamente, que se va a insertar en el asiento, como circunstancia del mismo. Ese es el único modo instrumental, debido al diferente formato de archivos, alfanumérico y electrónico, de incorporar la base gráfica registral al asiento. Pero la inserción del CSV no es suficiente para que la mente humana pueda comprender el significado del archivo GML, ni para que este pueda ser objeto de publicidad registral de un modo inteligible.

Para ello, era necesario diseñar un sistema de información geográfica donde pudieran alojarse las bases gráficas registrales y relacionarse unas con otras, dentro de cada Distrito Hipotecario. Por ello, el artículo 9 b) párrafo 10.º dispuso: «*Los Registradores de la Propiedad no expedirán más publicidad gráfica que la que resulte de la representación gráfica catastral, sin que pueda ser objeto de tal publicidad la información gráfica contenida en la referida aplicación, en cuanto elemento auxiliar de calificación. Solo en los supuestos en los que la ley admita otra representación gráfica georreferenciada alternativa, esta podrá ser objeto de publicidad registral hasta el momento en que el Registrador haga constar que la finca ha quedado coordinada gráficamente con el Catastro. Hasta entonces, se hará constar en esta publicidad el hecho de no haber sido validada la representación gráfica por el Catastro. Asimismo, podrá ser objeto de publicidad registral la información procedente de otras bases de*

datos, relativa a las fincas cuya representación gráfica catastral haya quedado o vaya a quedar incorporada al folio real». Por tanto, la publicidad registral de la base gráfica registral no podía derivar de la aplicación informática para el tratamiento de bases gráficas, con valor auxiliar de calificación.

Lo que es objeto de publicidad registral no es la georreferenciación catastral o alternativa aportada, sino el resultado de la misma, es decir la geometría de la finca que resulte de las coordenadas, con la asignación del código de finca registral y la firma electrónica del registrador, que asume los criterios de validación positivos. Por ello, el diseño efectuado por el Colegio de Registradores, teniendo en cuenta la Resolución Circular de la DGRN de 3 de noviembre de 2015, que homologa la de 2 de agosto de 2016, se basa en que la georreferenciación se incorpora al asiento de manera instrumental, individualizando el archivo electrónico GML registral, con el *código seguro de verificación* generado, que permite su visualización en el geoportal del Colegio de Registradores, siendo esa la geometría que puede ser objeto de publicidad registral. El geoportal, también homologado, como parte integrante del sistema informático único del artículo 9 de la LH, se convierte así en un libro electrónico de la base gráfica registral, mediante archivo electrónico de ese GML registral, que también se archiva en los servidores locales del Registro competente y en los servicios centrales de publicidad del Colegio de Registradores, según interpretó el número tercero letra a) párrafo 2.º de la RDGRN Circular de 3 de noviembre de 2015 y la RDGRN de 2 de agosto de 2016, que homologó la aplicación informática registral del artículo 9 y ratificó judicialmente la STJ de Madrid 590/2019, de 18 de septiembre.

D) Efectos de la base gráfica registral.

Los efectos derivados de la incorporación de la georreferenciación calificada positivamente por el registrador son: la aplicación de los principios hipotecarios y la posibilidad de publicidad registral, como trataremos en los artículos correspondientes.

IV. LAS REPERCUSIONES GEOGRÁFICAS DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD EN LA OBRA NUEVA Y EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL

1. En la obra nueva

El principio de especialidad en su vertiente geográfica sale especialmente reforzado en materia de inscripción de las obras nuevas, pues a los requisitos

exigidos para su inscripción por la legislación sustantiva, el artículo 202 de la LH añade otro, desde el punto de vista adjetivo, al disponer en su párrafo 2.º: «*La porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica».* Con lo que el artículo 202 de la LH extiende el requisito de la identificación geográfica a la descripción de la obra nueva.

Interpretando este inciso, el número octavo número 1 de la RDGRN Circular de 3 de noviembre de 2015 declaró: «*1. Cuando, conforme al artículo 202 de la Ley Hipotecaria, proceda inscribir la relación de coordenadas de referenciación geográfica de la porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación, deberá constar inscrita, previa o simultáneamente, la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique. En el acta de inscripción en el folio real, el registrador incluirá la expresión formal de que inscribe la lista de coordenadas, que constarán en un archivo electrónico firmado por él, conforme al apartado tercero de la presente resolución-circular, y con indicación del Código Seguro de Verificación (CSV) del mismo».*

El número 8.º parecía considerar la inscripción de la obra nueva como un supuesto de incorporación necesaria de la georreferenciación de la finca, pues sí debían inscribirse las coordenadas de la superficie ocupada por la edificación, era necesaria la previa inscripción de las coordenadas de la finca registral en que se ubica la obra. Es decir, que en las fincas registrales sobre las que se pretenda inscribir una obra nueva, el principio de especialidad exige que se inscriban ambas georreferenciaciones, la de la finca y la de la planta de la edificación, conforme al artículo 202, por aplicación del principio del tracto sucesivo en su vertiente geográfica. Ello también deriva de la aplicación del criterio interpretativo lógico, pues no es coherente inscribir las coordenadas del contenido, la obra nueva, sin inscribir las del continente, es decir, las de la finca. Pero, ciertamente, la enumeración de supuestos de incorporación obligatoria de la georreferenciación del artículo 9 b) primer párrafo no menciona a la obra nueva, lo que a nuestro entender es un olvido del legislador. La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado ha ido interpretando esta exigencia declarando que:

1. Para inscribir cualquier obra nueva después del 1 de noviembre de 2015, será necesario que la porción de suelo ocupada por la edificación esté identificada con sus coordenadas de georreferenciación (RDGRN de 19 de julio de 2019).
2. Según la RDGRN de 8 de febrero de 2016 las coordenadas de georreferenciación de la superficie de suelo ocupada por la edificación no necesitan aportarse en formato GML. Basta que se identifiquen sobre plano georreferenciado o dentro de una finca georreferenciada, aunque no se

especifiquen las concretas coordenadas de la finca, certificadas por técnico que no tiene por qué ser el mismo que redacto el proyectó o certificó la antigüedad de la obra, según la RDGRN de 7 de noviembre de 2016. También pueden resultar de la certificación catastral descriptiva y gráfica, si hay exacta correspondencia entre la edificación descrita en el título y la que figura en el Catastro, según la RDGRN de 5 de julio de 2016 y la de 27 de julio de 2017 y dichas coordenadas sean consentidas por el propietario. Si el título se remite a las coordenadas catastrales de la edificación, no es posible reflejar aquellas en el Registro si en el título se dice que la edificación ocupa todo el solar, y su superficie registral no coincide con la catastral, como declaró la RDGRN de 29 de junio de 2017. Pero, en todo caso, el formato aportado ha de permitir la remisión de la información al Catastro, conforme al punto sexto de la Resolución conjunta Catastro-Dirección General de los Registros de 26 de octubre de 2015, como declaró la RDGRN de 10 de abril de 2018.

3. No será necesario aportar la georreferenciación de la superficie del suelo ocupada por la edificación en caso de ampliación de obra, según la RDGRN de 23 de mayo de 2016 y 2 de noviembre de 2017, pues la obra inicial ya está inscrita y protegida por los tribunales, antes de entrar en vigor la Ley 13/2015, y no se modifica o altera por elevación de nuevas plantas. Por tanto, sí serán necesarias, si la ampliación consiste en la ampliación de la planta inicial de una construcción sobre el suelo, que aumenta la superficie ocupada por la edificación, modificando sus coordenadas. Por ejemplo, el supuesto de ampliación de la casa con una piscina, garaje, barbacoa o cualquier otra dependencia sobre el suelo y no sobre el vuelo.

4. Según la RDGRN de 31 de julio de 2018: *«entre las razones por las que la nueva ley exige la georreferenciación precisa de la porción de superficie ocupada por cualquier edificación o instalación que se pretenda inscribir en el Registro de la Propiedad, se encuentran, por una parte, permitir que la calificación registral compruebe si tal edificación o instalación se encuentra plenamente incluida, sin extralimitaciones, dentro de la finca registral del declarante de tal edificación, y por otra, que se pueda calificar en qué medida tal superficie ocupada pudiera afectar o ser afectada por zonas de dominio público, o de servidumbres públicas, o cuál sea la precisa calificación y clasificación urbanística del suelo que ocupa, determinante, por ejemplo, del plazo de prescripción —o de la ausencia de tal plazo— de la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística. Y permitir también que, cuando el registrador efectúe las comunicaciones legalmente procedentes a las distintas Administraciones, por ejemplo, al Ayuntamiento, a la Comunidad Autónoma o al Catastro, se incluya también esa información tan relevante para todas ellas como es la concreta georreferenciación de la superficie ocupada por la edificación o instalación».*

5. La calificación registral para comprobar que la edificación se ubica íntegramente dentro de la finca registral sobre la que se declara, requiere una comparación geométrica de los recintos finca y superficie ocupada por la edificación, que precise donde está exactamente ubicada la edificación en relación con la delimitación geográfica de la finca, sin que baste una simple comparación aritmética entre la superficie de la edificación y la de la parcela. Pero, para que el registrador pueda exigir que se aporte georreferenciación de la finca, e incluso la tramitación del expediente del artículo 199 LH, es preciso, según la RDGRN de 23 de abril de 2019, que tenga dudas acerca de la exacta ubicación de la edificación, en cuanto a si podría invadir fincas vecinas, motivando y fundamentando tales dudas. Si no las justifica y se limita a pedir la georreferenciación de la finca, su calificación negativa no puede mantenerse.

Por tanto, podemos encontrarnos con las siguientes situaciones:

a) La planta del suelo ocupada por la edificación ocupa la totalidad de la superficie de la finca, coincidiendo la descripción del título con la que resulta del Registro, sin que existan diferencias superficiales, o existiendo las mismas, son menores del 10% de la cabida inscrita y se cumplan las circunstancias del artículo 9 b) párrafos 4.º y 5.º. En este caso, el registrador puede inscribir las coordenadas de la superficie del suelo e incorporar la geometría de la finca al folio, sin necesidad de expediente del título VI, por aplicación de los artículos 9 y 202, según las RDGRN de 4 de enero y 23 de abril de 2019. Pero la georreferenciación en este caso, debe venir en formato GML y no resultar de mero plano georreferenciado, pudiendo e interesado aportar la georreferenciación correcta o consentir en documento público la que resulte del Registro.

b) La planta del suelo ocupada por la edificación ocupa parcialmente la superficie de la finca sobre la que se declara la obra. El registrador comparará los recintos con su capa de georreferenciaciones, o procederá a su identificación si aun no lo está, con valor auxiliar de calificación, y según la RDGRN de 21 de febrero de 2019:

— Si no duda de la ubicación íntegra de la obra en la finca, podrá inscribirla con la georreferenciación indubitada de la finca, por cumplir los requisitos del artículo 9.

— Si tiene dudas, que habrá de justificar y si las diferencias superficiales de la descripción de la finca en el título y la que resulta del asiento son mayores al 10% de la cabida inscrita, podrá instar un expediente del artículo 199 de la LH, para disipar sus dudas y poder inscribir la georreferenciación de la finca y de la obra nueva con seguridad, con salvaguarda de los intereses de los propietarios de fincas colindantes.

— Si tiene dudas respecto a la georreferenciación de la finca, pero no las tiene respecto a la ubicación total de la obra nueva dentro de la finca, puede inscribir la declaración de la obra nueva, con las coordenadas del suelo ocupado por la edificación, sin ser necesaria la inscripción de la georreferenciación de la finca, por no ser uno de los supuestos de inscripción obligatoria del artículo 9 b) de la LH. Esta posibilidad, a nuestro entender, es errónea, por aplicación del principio de tracto sucesivo registral, en su vertiente geográfica, en virtud del cual, para inscribir las coordenadas de la superficie del suelo ocupada por la edificación, debe inscribirse previamente la georreferenciación coherente con la descripción de la finca, para que el asiento refleje con total seguridad, la adecuada descripción de la finca con su obra nueva. El argumento literal citado resulta contradicho por la aplicación de los demás medios interpretativos y los principios hipotecarios, que inspiran el funcionamiento del Registro.

2. En la división horizontal

Según el artículo 202 párrafo 3.º: «*Salvo que por la antigüedad de la edificación no le fuera exigible, deberá aportarse para su archivo registral el libro del edificio, dejando constancia de ello en el folio real de la finca. En tal caso, cuando se trate de edificaciones en régimen de propiedad horizontal, se hará constar en el folio real de cada elemento independiente su respectiva representación gráfica, tomada del proyecto incorporado al libro*».

La RDGRN de 22 de julio de 2016 declaró que la inscripción de la representación gráfica de cada elemento privativo de la propiedad horizontal no puede solicitarse de manera individualizada, sino solo cuando se solicite la inscripción de la declaración de obra nueva y tal representación gráfica se tome del libro del edificio, junto con la de todos los elementos privativos, lo que podrá hacerse constar en el folio de cada componente. Y como dice el número Octavo párrafo 2.º de la Resolución Circular citada: «*Para ello el registrador extraerá del proyecto el plano en planta de cada elemento, y, con asignación del correspondiente código de finca registral, firmará electrónicamente el archivo a que se refiere el apartado tercero de esta resolución-circular, y cuyo Código seguro de verificación (CSV) se hará constar en el folio real*».

Pero, la ley se refiere aquí a la incorporación electrónica de un plano, como espacio cúbico situado sobre el vuelo de una finca y no sobre el suelo, pero no a una representación gráfica georreferenciada. Pero, la posibilidad de inscribir la georreferenciación de la finca matriz no se excluye en ningún momento por la ley.

La edificación tiene la consideración de inmueble por naturaleza (art. 334.1 del CC), que desde el punto de vista del Derecho civil es un ele-

mento descriptivo de la finca material. Pero, esa situación ha evolucionado hacia la consideración de la edificación como finca propiamente dicha, es decir, como objeto independiente de derecho, considerando la construcción como integrante de una realidad inmobiliaria distinta del suelo sobre el que se asienta. Aparece el régimen de horizontalidad, que regula las relaciones entre los diversos propietarios integrados en esa realidad única, pero múltiple, desde el punto de vista jurídico, que se caracterizan:

1. Por la coexistencia de una serie de elementos privativos de titularidad exclusiva e individual y los comunes en régimen de cotitularidad.
2. Por la inherencia, que implica la atribución de titularidad activa sobre los elementos comunes y la pasiva en las obligaciones de sostenimiento y conservación del total inmueble a quien ostente la titularidad dominical de los elementos privativos.

Como declaró la RDGRN de 24 de abril de 2014: «*el régimen de propiedad horizontal se caracteriza por la existencia de un único derecho de propiedad cuyo objeto es complejo: el piso, local o departamento privativo —es decir, un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente— y la participación inseparable en la titularidad de los elementos, pertenencias y servicios comunes del edificio (cfr. arts. 3 de la Ley sobre Propiedad Horizontal y 396 CC). No se trata de dos propiedades yuxtapuestas (la del piso, local u otro departamento privativo) y la copropiedad sobre los elementos comunes, sino de un único derecho, de naturaleza especial y compleja, entre cuyas características más destacadas se encuentran: Por una parte, la atribución a cada piso o local de "una cuota de participación con relación al total del valor del inmueble y referida a centésimas del mismo", de suerte que dicha cuota "servirá de módulo para determinar la participación en las cargas y beneficios por razón de la comunidad" (art. 3, párrafo segundo, de la Ley sobre Propiedad Horizontal); y, por otro lado, la inseparabilidad e indisponibilidad de la cuota sobre "las partes en copropiedad" o elementos comunes, "que solo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable" (art. 396, párrafo segundo, CC)*».

Con ello, el régimen de horizontalidad se independiza, en cierto modo, de su soporte físico, pero no se separa absolutamente de él, puesto que requiere ocupación de una porción de suelo, como elemento común y soporte físico de la horizontalidad.

Quizás por ello es distinta técnica que utilizan el Registro de la Propiedad y el Catastro para reflejar el régimen de horizontalidad:

a) Mientras en el Registro de la Propiedad, mantiene la existencia de la finca matriz, considerando el suelo como elemento común, acudiendo a

la técnica de la pluralidad de folios registrales, describiendo los elementos comunes en el folio general del régimen, que se relaciona con cada uno de los folios que se abren a las comunidades inferiores a la general, en su caso, y a los diferentes elementos privativos.

b) En el Catastro, la finca matriz desaparece, como realidad física y cualquiera de las referencias catastrales de cada elemento privativo lleva a la georreferenciación del solar matriz, pues, desde el punto de vista fiscal, el soporte físico del suelo pierde interés, como unidad esencial del régimen y se toma en consideración sus elementos comunes, para determinar la valoración fiscal de cada elemento privativo.

Por tanto, la incorporación de la georreferenciación de la finca matriz a su folio, para identificar el soporte físico o sustrato de la horizontalidad:

1. Es posible, desde el punto de vista de la técnica registral, aunque la parcela catastral matriz desaparezca como unidad, mediante la técnica del doble o triple folio registral de la RDGRN de 2 de abril de 1980. La georreferenciación del suelo se inscribirá en el folio de la finca matriz, identificada con su CSV, que se incrustará en la inscripción y del que se tomará referencia en el folio registral de cada elemento privativo, cuando se practique asiento sobre el mismo, o como operación registral específica, para identificar el sustrato físico de la horizontalidad del régimen y lograr la concordancia de su descripción con la realidad física extrarregistral, sin modificación del régimen jurídico de horizontalidad, que no supone yuxtaposición de propiedades, sino un derecho de propiedad único y complejo sobre cada elemento privativo.

2. No es una posibilidad que el artículo 9 proscriba, configurándose como circunstancia potestativa de la inscripción. El cumplimiento de los criterios de correspondencia del artículo 9 de la LH permitirá esa incorporación. Si no se cumplen, será preciso instar un expediente del Título VI para lograr la concordancia.

3. Cualquier propietario de elemento privativo, como acto de riguroso dominio[31], podrá solicitar la inscripción de la georreferenciación de la finca matriz para la adecuada identificación del soporte físico de la horizontalidad, como acto *uti singuli*, sin consentimiento de la Junta, al no implicar cambio alguno en el régimen, sino que trata de adecuar su descripción a la realidad extrarregistral, con el límite de que no se encubran *«actos o negocios jurídicos no formalizados e inscritos debidamente» (art. 199 de la LH), o «encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria» (art. 201.1 de la LH)*. En tales casos se modifica el régimen jurídico de la horizontalidad, entrando en el ámbito de la competencia de la Junta General y conforme al artículo 201.1 e): «*No podrá tramitarse el expediente regulado en los apartados anteriores para la rectificación descriptiva*

de edificaciones, fincas o elementos integrantes de cualquier edificio en régimen de división horizontal (…). En tales casos, será necesaria la rectificación del título original», sujetándose a las normas de la Ley de Propiedad Horizontal. La extensión de la legitimación registral a la situación física con la inscripción de la georreferenciación, no puede hacerse depender de la decisión de un órgano colectivo, sino que debe corresponder a cada propietario, que puede hacer lo que sea útil a los demás, pero no lo que sea perjudicial.

V. CONCLUSIONES

I. El principio de especialidad tras la Ley 13/2015, adquiere una vertiente geográfica, al incorporar al asiento como complemento de la inscripción, la georreferenciación que identifica la geometría de la finca, de modo indubitado.

II. Esa georreferenciación, como circunstancia electrónica, se incorpora de un modo instrumental a la inscripción y se archiva en un libro que se lleva en soporte electrónico, conforme al artículo 237 de la LH, homologado por la RDGRN de 2 de agosto de 2016, configurado como geoportal registral y parte integrante del sistema informático único del artículo 9 de la LH, distinto de la aplicación informática de tratamiento de las bases gráficas, con valor auxiliar de calificación.

III. La georreferenciación inscrita, parte de la aportada por los interesados, pero no es la misma que la aportada, sino que es calificada por el registrador, que toma de las mismas lo que tiene trascendencia real y redacta el asiento en la forma que determina el artículo 9, interpretado por la RDGRN Circular de 3 de noviembre de 2015, utilizando la aplicación informática homologada por la RDGRN de 2 de agosto de 2016, interpretación que ratifica la STJ de Madrid 590/2019. Así lo demuestra la producción de efectos jurídicos, propios de la inscripción, de la georreferenciación inscrita.

IV. La georreferenciación inscrita implica:

a) La localización de la finca en un lugar concreto, mediante la conformidad del registrador respecto a su coherencia con la descripción literaria, a la que completa.

b) La delimitación geométrica de su figura poligonal, existiendo una correspondencia superficial (con las tolerancias que legalmente se determinen).

c) La delimitación cartográfica, que permite determinar que la geometría se sitúa en unas coordenadas geodésicas concretas y determinadas.

V. La georreferenciación inscrita puede denominarse, individualmente considerada, como base gráfica registral, como metaobjeto, pues contiene información sobre el objeto espacial finca registral y no sobre un dato espacial.

VI. El conjunto de bases gráficas registrales integran la cartografía jurídica de la propiedad inmobiliaria[32], como delimitación cartográfica o fijación geométrica del perímetro de cada finca por coordenadas geodésicas, que permite el tratamiento informático del inmueble, relacionándolo con sus fincas colindantes y con el territorio, asociando todo tipo de información, gráfica o alfanumérica, en un Sistemas de Información Geográfico Registral, que permite visualizar, relacionar y tratar los bienes inmuebles de manera completa y total, en todas sus dimensiones.

VII. La delimitación geográfica de la finca, mediante los sistemas electrónicos de información geográfica de modo indubitado, abre una nueva fase en la evolución del Derecho Inmobiliario Registral, al abrir el Registro a nuevas posibilidades de tráfico jurídico, como son los futuros mercados de transacción de consumos de recursos naturales, para que el derecho de propiedad pueda ejercerse de modo eficiente. Ello será consecuencia de la transformación del modelo inmobiliario lineal, basado en el sacrificio de recursos naturales a uno circular basado en la renovación de los mismos. Y lo abre, porque la finca registral es el elemento que reviste los caracteres de estabilidad y permanencia que demanda un tráfico seguro de los mismos, a través de la aplicación de los tradicionales principios hipotecarios, que salen revitalizados.

ABREVIATURAS

Art.: Artículo
BCNR: Boletín del Colegio Nacional de Registradores
DA: Disposición Adicional
GML: *geographical markup language*
CC: Código civil
CSV: Código Seguro de Verificación
LH: Ley Hipotecaria
PNOA: Plan Nacional de Ortofotografía Aérea
RCDI: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RD: Real Decreto
RDGRN: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RH: Reglamento Hipotecario
STS: Sentencia del Tribunal Supremo
TRLCI: Texto Refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario
TRLS: Texto Refundido de la Ley de Suelo
UTM: *Universa Transversa Mercator*
WMS: *Web Map Service*

VI. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA DE LA DGRN CITADAS

- STC de 24 de abril de 1997.
- STS de 21 de marzo de 1953.
- STS de 4 de noviembre de 1993.
- STJ de Madrid de 18 de septiembre de 2019.
- RDGRN de 2 de abril de 1980.
- RDGRN de 13 de febrero de 2007.
- RDGRN de 2 de octubre de 2012.
- RDGRN de 6 de septiembre de 2013.
- RDGRN de 19 de diciembre de 2013.
- RDGRN de 24 de abril de 2014.
- RDGRN de 16 de mayo de 2014.
- RDGRN Circular de 3 de noviembre de 2015.
- RDGRN de 8 de febrero de 2016.
- RDGRN de 18 de febrero de 2016.
- RDGRN de 23 de mayo de 2016.
- RDGRN de 5 de julio de 2016.
- RDGRN de 2 de agosto de 2016.
- RDGRN de 2 de septiembre de 2016.
- RDGRN de 3 de noviembre de 2016.
- RDGRN de 7 de noviembre de 2016.
- RDGRN de 29 de junio de 2017.
- RDGRN de 7 de julio de 2017.
- RDGRN de 27 de julio de 2017.
- RDGRN de 28 de septiembre de 2017.
- RDGRN de 2 de noviembre de 2017.
- RDGRN de 10 de abril de 2018.
- RDGRN de 31 de julio de 2018.
- RDGRN de 2 de noviembre de 2018.
- RDGRN de 21 de febrero de 2019.
- RDGRN de 23 de abril de 2019.
- RDGRN de 3 de julio de 2019.
- RDGRN de 19 de julio de 2019.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ARNÁIZ EGUREN, R. (2010). *Terreno y edificación, propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Civitas Thompson Reuters, Madrid.

— (1999). *La inscripción registral de los actos urbanísticos,* Marcial Pons, Madrid.

ARRIETA SEVILLA, L. J. (2009). *La doble inmatriculación registral,* Aranzadi Thompson Reuters, Navarra.

— (2009). Aproximación sistemática a las bases gráficas registrales, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 19.

— (2013). La calificación registral en el Registro de la Propiedad digital y gráfico, *RCDI*, núm. 740, noviembre-diciembre.

— (2014). La representación geográfica de la finca y su coordinación con catastro en el Anteproyecto de Ley de Reforma hipotecaria, *Revista Aranzadi y Nuevas Tecnologías*, núm. 35, mayo.

BURGOS VELASCO, R. (2017). La función de la referencia catastral en relación con la localización de las fincas en el Registro de la Propiedad tras la Ley 13/2015, de reforma de la Ley Hipotecaria, y del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, *BCNR* núm. 37, Madrid.

CAMY ESCOBAR, J. (1990). Aplicaciones informáticas en el Registro de la Propiedad de España. *Ponencias y comunicaciones presentadas al VIII Congreso Internacional de Derecho Registral*, Madrid, Colegio de Registradores, Madrid.

CONCHEIRO DEL RÍO, J. (2008). *El catastro y el Impuesto sobre bienes inmuebles,* t. I, Bosch, Sabadell.

DELGADO RAMOS, J. (2008). La base gráfica registral, Topografía y Cartografía: *Revista del Ilustre Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos en Topografía*, volumen 25, núm. 144 y 145.

— (2008). Efectos jurídicos de la delimitación geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 17.

— (2016). Objetivos que proclama y reformas que introduce la Ley 13/2015. *Revista de Derecho civil* volumen 3.º, núm. 1.

EGEA IBÁÑEZ, R. (1996). Principio de especialidad: Finca normal. Folio Real. *BNCR* núm. 16.

CHICO ORTIZ, J.M y BONILLA ENCINA, J. F. (1967). *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral,* Tomo I, Marcial Pons, Madrid.

DÍAZ FRAILE, J. M. (2015). Exégesis de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la Ley Hipotecaria, en materia de inscripción de representaciones gráficas, *BNCR* núm. 23.

FANDOS PONS, P. (2008). La ecoetiqueta de la finca registral, ponencia presentada al 9.º Congreso Nacional de Medio Ambiente, cumbre del desarrollo sostenible disponible en www.registradors.cat/files/contenido/904_0_LA_ECOETIQUETA_DE_LA_FINCA_REGISTRAL.pdf, Madrid.

— (2016). *Los efectos jurídicos de la identificación y descripción gráfica de las fincas registrales: La base gráfica registral,* Tirant lo Blanch, Valencia.

— (2017). La inscripción de la representación gráfica de una finca dividida horizontalmente y su coordinación gráfica con el Catastro, GEOSIGreg2014, núm. 15, noviembre, disponible en www.registradores.org

GARCÍA GARCÍA, J. M. (2002). *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario,* Tomo III, Civitas, Madrid.

— (2016). *La finca registral y el catastro,* Thompson-Reuters Civitas, Pamplona.

GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN MANUEL, J.: *Elementos de Derecho civil* y *penal de España, precedidos de una reseña histórica,* Madrid 1865, tomo II.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (1994). El principio de especialidad registral, *RCDI* núm. 625, noviembre-diciembre.

GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J. (1948). *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho civil,* Tomo I, Madrid.

GRAGERA IBÁÑEZ, G. (1993). El principio del doble suministro y la coordinación entre el Catastro y el Registro Jurídico», ponencias y comunicaciones presentadas al IX Congreso Internacional de Derecho Registral, Colegio de Registradores, Madrid.

— (2009). La base gráfica registral: historia de una necesidad, disponible en www.registradors.cat/files/contenido/615_0_15.2_Bases_geaficas_registrales_y_colaboracion_con _el_Catastro.pdf, Barcelona.

— Cartografía Jurídica de la Propiedad Inmobiliaria, disponible en https://registradoresdelacomunidadvalecniana.org

HERNÁNDEZ GIL, A. (1963). *Introducción al Derecho Hipotecario,* Editorial Revista de Derecho privado, Madrid.

JÉREZ DELGADO, C. (2016). El sistema inmobiliario registral a la luz de la Ley 13/2015 de 24 de junio ¿nuevos principios hipotecarios?, *Revista de Derecho civil*, vol. 3, núm. 1.

JUEZ PÉREZ, A. (2007). Identificación Gráfica de Fincas Registrales, *Revista Jurídica de Casilla-La Mancha*, núm. 42, septiembre.

LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. (1968). *Derecho Inmobiliario Registral,* Bosch, Barcelona.

MARTÍN MARTÍN, J. (1999). *Comentario al artículo 9 LH en comentarios al Código civil y Legislaciones Forales.* Madrid, Edersa.

MERINO ESCARTÍN, J.F. (2016). El código registral único, notariosyregistradores.com, entrada de 17 de marzo.

MORALES MORENO, A. M. (2000). *Publicidad Registral y Datos de Hecho*, Centro de Estudios Registrales, Madrid.

PINTÓ RUIZ, J. J. (1959). Identificación y determinación de fincas y su publicación», *Revista Jurídica de Cataluña* (RJC).

PRADO GASCÓ, V.J. (2014). El sistema de bases gráficas como instrumento de coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad, *RCDI* núm. 746, noviembre.

REQUEJO LIBERAL, J. (2009). *Descripción geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad (Geobase),* Lex Nova, Valladolid.

ROCA SASTRE, R.: *Derecho hipotecario,* Barcelona 1976, tomo II.

SÁNCHEZ JORDÁN, M. E. (2012). Nuevas Técnicas de identificación de las fincas: su aplicación al deslinde, *Anuario de Derecho civil*, volumen 65, núm. 3.

— Estudios sobre la representación gráfica de fincas registrales, Aranzadi, 2018.

VÁZQUEZ ASENJO, O. G. (2010). *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios*, Bosch, Barcelona.

— *Coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

NOTAS

[1] El principio de especialidad fue recogido a través de numerosos preceptos ya en el texto originario de la Ley Hipotecaria de 1861, entre los que podemos destacar el artículo 8.° que exigió que cada una de las fincas que se inscribieran por primera vez en los nuevos Registros se señalarían con número diferente y correlativo y que las inscripciones correspondientes a cada finca se señalarían con otra numeración correlativa y especial; el artículo 9.°, que señaló las circunstancias que debía expresar toda inscripción; el artículo 12, que exigió expresar en todo caso en las inscripciones hipotecarias de créditos el importe de la obligación garantizada y el de los intereses, si se hubieren estipulado; los artículos 114 y 117 sobre limitación de la reclamación por intereses en la hipoteca o de pensiones en el censo frente a tercero; y el artículo 228, al exigir que todas las inscripciones, anotaciones y cancelaciones se practicasen a continuación de la primera inscripción de propiedad.

[2] La doctrina civilista e hipotecarista de la época (tras la publicación de la Ley Hipotecaria) destacó la incardinación de los principios de publicidad y calificación con el de especialidad. Como decía GÓMEZ DE LA SERNA, «*los principios de publicidad y especialidad, que, según queda suficientemente expuesto, son las bases cardinales del sistema hipotecario, no producirían los efectos apetecidos si no se establecieran oficinas en que llevándose libros redactados con método, precisión, claridad y uniformidad en todas las divisiones del territorio, pudiera conocerse la verdadera situación de la propiedad inmueble, las cargas con que está gravada, y por tanto el crédito territorial que en realidad tiene cada uno de los que en él figuran como propietarios o como titulares de algún derecho real*».

[3] Así, GARCÍA GARCÍA lo define como el principio hipotecario «en virtud del cual todos los elementos de la publicidad inmobiliaria, la finca, el derecho, el titular, el título y el asiento, están sujetos a la idea de claridad, de tal modo que han de estar perfectamente identificados y clarificados».

[4] ROCA SASTRE considera que el principio de especialidad se manifiesta tanto en cuanto a la finca inmatriculada, como con relación al derecho real inscrito y a su titular: *«a)* En cuanto a la finca el Registro funciona concentrando el historial jurídico de cada finca, entendida como unidad registral, correspondiendo a cada una de ellas una hoja, folio o registro particular, con una descripción que las individualiza. *b)* Respecto del derecho real, debe constar en el Registro con determinación de su naturaleza jurídica, extensión, cargas y limitaciones, su denominación y valor si constare del título, con fijación de la cantidad total por la que en materia de hipotecas respondiere cada finca. *c)* Asimismo, ha de constar naturalmente el titular del derecho inscrito, designado por su denominación y circunstancias y con expresión de la cuota o participación que en el mismo tuviere cada titular si fueren varios».

[5] Los aspectos esenciales del principio de especialidad son la finca y el derecho y la forma en la que los mismos deben plasmarse en el asiento. La finca es la realidad. El artículo 9 a y b) de la LH se refieren a las fincas cuando habla de la naturaleza, situación y linderos de los inmuebles objeto de la inscripción. El derecho real es lo que es objeto de publicidad registral, comprendiendo el objeto físico y a él se refiere el artículo 9 c), d), e) y f) de la LH cuando habla de la naturaleza, extensión y condiciones suspensivas o resolutorias del derecho que se inscriba, el titular registral y la persona de quien proceden los bienes. El asiento es la forma en la que el principio de especialidad debe plasmarse en los libros del registro, al que se refiere el artículo 9 letras g), h) e i). Estos conceptos tienen su ampliación en cuanto a la propiedad en el artículo 51.1.2.3 y 4 del RH, y en cuanto a los derechos en el artículo 51.5.6 del RH.

[6] Como dice REQUEJO LIBERAL, J.: Evidentemente existen otros sistemas que tratan de garantizar el tráfico jurídico, pero del análisis comparado de estos es difícil encontrar uno que ofrezca las ventajas del sistema de registro de derechos, bien sea por sus limitados efectos (sistema francés), por sus elevados costes transaccionales, por la

inexistencia de un procedimiento de garantías jurídicas en su configuración o calificación independiente de los derechos que acceden al mismo o por, y esto es lo más importante, intentar atribuir efectos jurídicos (siempre limitados) a la representación gráfica del territorio llevada a cabo con una finalidad diferente (catastros jurídicos). Y aquí radica la premisa fundamental de este discurso, que aunque dirigido a intentar comprender la importancia de la base gráfica de las fincas registrales, concebidas como objeto de los derechos inscritos, lo hace partiendo de la premisa de que el sistema es eficiente en cuanto a lo que realmente protege son los derechos inscritos, y en este campo desenvuelve toda su eficacia, por lo que una buena definición de los datos de hecho relativos a las fincas inscritas supone un complemento ideal del sistema, pero no el sistema mismo.

[7] La misma constituye el elemento más característico del derecho real y la unidad que reúne los caracteres de estabilidad y permanencia, que permiten el perfecto juego de los principios hipotecarios de fe pública, tracto sucesivo y especialidad y también los de legalidad, legitimación, oponibilidad, prioridad y fe pública registral, que son básicos en un sistema inmobiliario moderno.

[8] Para ROCA SASTRE, la finca en sentido material es el trozo de terreno cerrado por una línea poligonal, edificado o no, destinado a pertenecer a un solo propietario o a varios en común.

[9] Para VÁZQUEZ ASENJO, el concepto de finca registral no debe diferir del concepto de finca material o civil, pues es la «porción de terreno delimitada por el dominio de una persona», pues eso es en puridad lo que se trata de identificar y describir en el asiento registral. La STS de 10 de diciembre de 1960 ya definió la finca como «el trozo de superficie terrestre cerrado por una línea poligonal objeto de propiedad». Aunque esa delimitación jurisprudencial no es suficiente para describir con precisión la finca registral, es un buen punto de partida para establecer la necesaria vinculación de la finca al dominio, como realidades que se exigen mutuamente, pues como dice ARRIETA SEVILLA, «solo hay finca donde hay derecho de propiedad y solo hay propiedad sobre fincas reales», sea su titularidad más o menos sofisticada.

[10] Según GARCÍA GARCÍA, la finca material ha de servir como punto de relación de la finca registral en varios aspectos: a) Como concepto que da sentido a la propia finca registral normal u ordinaria, una vez que el Registro de la Propiedad recoge en sus folios la finca material. b) Como una entidad que, aun existente en la realidad física, puede carecer de existencia jurídica por no adaptarse a los requisitos mínimamente exigidos por la legislación agraria y urbanística. c) Como una finca existente en la realidad física, y que, aun con ciertas deficiencias urbanísticas o agrarias, puede acceder al Registro de la Propiedad y convertirse en finca registral, si se dan determinadas circunstancias previstas legalmente.

[11] Ya decía LACRUZ BERDEJO que la finca registral es la misma finca material, cuando esta pueda abrir folio registral, sin que puedan contraponerse ambos conceptos.

[12] Según GRAGERA IBÁÑEZ, identificar gráficamente una finca registral es establecer la coincidencia entre la finca que soporta un folio registral con un recinto geográfico, perteneciente a una capa de información específica dentro de un sistema cartográfico organizado y que no haya sido previamente asignado a otra finca registral.

[13] Como dice GARCÍA GARCÍA, la descripción e identificación de las fincas son conceptos, que si en el campo del Derecho civil en general, cobran importancia por su relación con el objeto del derecho y del contrato, en el campo del Derecho Inmobiliario Registral, alcanzan una trascendencia fundamental por su relación con el principio de especialidad y con el folio real.

[14] El Registro debía organizarse así para permitir que cada inmueble presentara un exacto balance de su situación, lo que se complementaba por el criterio de la práctica de asientos por el criterio de la inscripción, o extracto del derecho y no del encasillado ni el de transcripción, lo que constituye otra de las manifestaciones del principio de especialidad.

[15] Para VÁZQUEZ ASENJO, la brillantez del sistema radica en su simplicidad, consistente en describir la finca haciendo constar simplemente estas circunstancias de la naturaleza, situación y linderos, que pueden ser perfectamente personales, pues identifica perfectamente, en aquel momento, la situación de la finca. Al decir que mi finca linda al norte con Pedro Pérez, queda bien claro que mi dominio llega hasta donde comienza el dominio de mi colindante y puesto que el Registro hace prueba plena de ambos dominios queda claro que la identidad dominical del inmueble queda perfectamente establecida no solo entre mi colindante y yo, sino frente a toda la sociedad. Ahora bien, donde acaba geográficamente el dominio sobre mi finca registral y donde comienza la de mi colindante es una cuestión que, en caso de conflicto, solo podremos resolver acudiendo a una serie de procedimientos y pruebas que son conceptualmente distintos de la técnica preventiva del Registro de la Propiedad, que tiene por objeto la publicidad registral frente a todos y no resolver conflictos entre partes. Y como el Registro no da prueba de los datos de puro hecho no da fe de que un lindero discurra por tal o cual mojón, pero sí de los datos de titularidad jurídico inmobiliaria, dando de una propiedad perfectamente identificada a través de la descripción de la finca registral y su colindancia con una titularidad jurídico-inmobiliaria ajena.

[16] CHICO ORTIZ sistematiza esos defectos de la siguiente manera: «*a) Defectos de carácter práctico, por la manera insuficiente del ingreso de la finca en el Registro. Ello se debe a la falta de un buen Catastro que permita la debida comprobación e identificación de la finca y sirva para un perfecto sistema de inmatriculación. Esa falta de identificación de la finca en el momento de ingreso de la misma se debe a estas causas: - La descripción de la finca en el título se hace de forma rudimentaria y con datos insuficientes que se hacen constar en el Registro por lo que resulta del título, lo cual, a su vez, se hace por lo que los interesados manifiesten. — Inmatriculada la finca no existe medio alguno dirigido a asegurar sus modificaciones físicas, con lo cual se dificulta la determinación de la finca a que se refiere el asiento. Ello puede dar lugar (en casos extraordinarios) a admitir el acceso registral de fincas inexistentes y a los graves casos de la doble inmatriculación»*, que es la patología máxima del principio de especialidad relativo a la descripción de la finca. *«b) De carácter teórico, pues se culpa al sistema de la falta de una definición de la finca»; «c) De carácter teórico-práctico, pues no regula la finca como un todo orgánico, faltando la distinción entre sus diversos componentes, partes integrantes, pertenencias y accesorios, como en el sistema alemán*».

[17] Según DÍEZ PICAZO, se afirmaba que el talón de Aquiles del sistema registral era que no proporcionaba certidumbre alguna respecto del objeto de la titularidad jurídico real inmobiliaria entendiendo que, dado el contenido eminentemente jurídico de nuestro Registro, no afectan a su inexactitud, en sentido técnico, las discordancias que en el mismo se contengan respecto a los datos físicos o de mero hecho.

[18] Como dice MARTÍN MARTÍN, el titular del derecho puede invocar a su favor la presunción de exactitud del artículo 38 de la LH, que es una presunción *iuris tantum*, que respeta lo que publican los asientos, hasta tanto no se demuestre su disconformidad con la realidad extrarregistral, alcanzando esa protección su mayor valor si se reúnen los requisitos precisos para ser considerado tercero hipotecario.

[19] En la doctrina, ya JERÓNIMO GONZÁLEZ señaló con absoluta claridad la necesidad de identificación de la finca, pues «la inscripción debe describirla de modo indudable, en términos que no sea posible confundirla con otra, a fin de que con los datos y circunstancias que contengan los asientos, se la pueda buscar y encontrar sobre el terreno… Hay, pues, que marcar, que señalar con toda precisión la finca, designando en qué lugar está y cuáles son sus linderos, su extensión superficial y todas sus circunstancias físicas características para distinguir las unas de las otras. Para esto, el mejor medio es el plano, pero el plano no basta, si no se refiere a puntos fijos o inconfundibles en el terreno, y, por tanto, lo mejor es que el plano sea el total de aquel, del territorio nacional». El autor ya vislumbraba la técnica de la georreferenciación en una época en la que los medios técnicos no ofrecían tal posibilidad.

[20] Y es que como dice REQUEJO LIBERAL, una identificación clara y perfecta de las fincas es el complemento ideal para que el Registro publique, con todas las garantías de nuestra legislación, cuál es la situación jurídica de estas. Las fincas lindan con fincas, ocupan un lugar geográfico determinado y tienen una forma geométrica característica y en base a estos tres principios sencillos y fundamentales tenemos que apoyar el sistema de bases gráficas de las fincas registrales.

[21] Según MORALES MORENO, la Instrucción prevé la definición georreferenciada de la finca registral, traduciendo gráficamente la descripción literaria que consta en el folio. Cuando ello no sea posible, por causa de su imprecisión, podrá traducirse gráficamente tomando las medidas adecuadas para garantizar los derechos de otros sujetos, pretendiendo desarrollar una base gráfica susceptible de constituir en el futuro un elemento de definición de la finca registral, con efectos de publicidad registral. Ello dependerá de las garantías que se adopten en el proceso de definición. Pues, si no se adoptan las debidas garantías para preservar los derechos de los terceros, la base gráfica carecerá de valor directo en el ámbito de la publicidad registral y el Registro de la Propiedad no podrá garantizar la configuración de la finca. El valor de la base gráfica quedará relegado al de un mero instrumento auxiliar del registrador para el control de la localización de las fincas. Pero, si la base gráfica se confecciona con el debido rigor, podrá servir de instrumento en el futuro para definir la finca, a efectos de la publicidad registral

[22] En este sentido destaca, dentro de la práctica registral, las opiniones obras y escritos de REQUEJO LIBERAL, en *Descripción Geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad (Geo-Base),* GRAGERA IBÁÑEZ, en «el principio del doble suministro y la coordinación entre el Catastro y el Registro Jurídico», VÁZQUEZ ASENJO, en *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios,* DELGADO RAMOS, en *Efectos jurídicos de la delimitación geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad* y *la base gráfica registral,* CAMY ESCOBAR, en Aplicaciones informáticas en el Registro de la Propiedad de España, JUEZ PÉREZ en Identificación Gráfica de fincas registrales, PRADO GASCÓ en El sistema de bases gráficas como instrumento de coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad. Fuera de la práctica registral, destacan las opiniones de SÁNCHEZ JORDÁN en Nuevas técnicas de identificación de fincas: su aplicación al deslinde» y ARRIETA SEVILLA, en Aproximación sistemática a las bases gráficas registrales, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías,* núm. 19, 2009, La calificación registral en el Registro de la Propiedad digital y gráfico», «La representación geográfica de la finca y su coordinación con catastro en el Anteproyecto de Ley de Reforma hipotecaria.

[23] Ciertamente, el criterio de la mayor superficie, y nos atreveríamos a matizar, diciendo que la misma ha de ser la gráfica, previa delimitación geográfica de la finca, es el criterio que debe ser la regla general. Sin embargo, se echa en falta criterios subsidiarios que permitan adaptar la regla general a ciertos casos excepcionales. MERINO ESCARTÍN, con acierto, propone criterios subsidiarios que modulen esa regla general, que atienden a la naturaleza de la finca, a su valor, a las características del uso del suelo. Pero, la norma no lo ha previsto, por lo que parece que en estos casos, los acuerdos entre los distinto registradores competentes, aplicando las reglas de la lógica, pueden llevar a una atribución de la competencia registral más adecuada en estos casos excepcionales, como puede serlo el supuesto de finca registral que se asienta sobre dos distritos hipotecarios, siendo idéntica la superficie que se ubica en cada uno de ellos, o el del complejo inmobiliario, asentado sobre dos distritos hipotecarios, ubicándose la mayor superficie que corresponde a las fincas destinadas a elementos comunes del mismo en uno de los mismos y la menor superficie, que se corresponde con los elementos privativos, susceptibles de propiedad individual o exclusiva, en otro distrito hipotecario. En estos casos parece que la regla general debe ser completada o modalizada con otros criterios.

[24] Según BURGOS VELASCO, hay una diferencia entre en la consideración de la referencia catastral como circunstancia descriptiva de la finca en las Leyes 13/96 y 13/2015,

pues en la primera era un dato descriptivo que consistía en remitirse a un registro público fiscal ajeno al Registro de la Propiedad, al cual no tenía acceso el registrador. Mientras que en la segunda, la referencia catastral remite a una «*cartografía catastral que forma parte del contenido del Registro, en su aplicación registral de bases gráficas*».

[25] Sobre el particular, ver las diferencias entre finca registral y parcela catastral de VÁZQUEZ ASENJO en Aproximación a los principios gráficos hipotecarios.

[26] Como dice REQUEJO LIBERAL, las características de la representación gráfica de las parcelas catastrales (parcelario vectorial) suponen una ayuda inestimable para la definición gráfica de las fincas registrales, pero teniendo en cuenta la distinta naturaleza y finalidad de ambos perímetros (registral y catastral) y de las instituciones (jurídica y fiscal), en muchos supuestos no puede realizarse una correspondencia entre parcela catastral y finca registral, por lo que, aun siendo el soporte gráfico de esencial ayuda, no constituyen las bases gráficas catastrales el contenido de las bases gráficas de las fincas registrales, sin perjuicio de las ventajas que se obtienen en aquellos supuestos en que la parcela catastral coincide con la finca registral.

[27] Como dice VÁZQUEZ ASENJO, una cosa es que de la referencia catastral deje constancia en el folio registral para procurar la coordinación entre el Registro y el Catastro, para lo cual será preciso la calificación del registrador acerca de la existencia de correspondencia identificativa entre finca y parcela; y otra cosa es que la referencia catastral pretenda identificar la finca registral. La técnica descriptiva catastral carece de la elasticidad del sistema de identificación dominical de las fincas registrales. Cuando el Catastro establece una línea parcelaria lo hace de manera indiscutible, sin margen alguno que permita la adaptación a las circunstancias jurídicas del caso.

[28] Como dice VÁZQUEZ ASENJO, la base gráfica registral no es la propia finca registral, pues no participa en ningún caso de la naturaleza del objeto espacial. Es una representación abstracta de un fenómeno real, de un objeto espacial que es la finca registral. Esta se compone de una serie de datos espaciales como atributos, los cuales aisladamente no constituyen un objeto espacial, pero sin los cuales el objeto espacial no puede existir. La finca se compone de esos datos, pero es algo más que la mera suma de esos datos, pues sobre el objeto espacial finca registral pueden recaer derechos, que no pueden referirse a los datos individualmente considerados. Pero el objeto espacial finca registral también es algo diferente de la base gráfica registral, como representación abstracta del dominio inscrito, que no es un metadato de la finca, en el sentido al que se refiere el artículo 3.6 de la Directiva INSPIRE que define el metadato como «la información que describe los conjuntos y servicios de datos espaciales y que hace posible localizarlos, inventariarlos y utilizarlos». Y no lo es porque la base gráfica registral no es un dato espacial referido a otro dato espacial, aunque pueda cumplir las funcionalidades que se exigen a un metadato, pues sitúa la finca en el territorio y aumenta el valor de la finca al permitir acceder con plena sencillez e inmediatez a todos los aspectos de su situación, interoperando con el resto de información territorial que se relacione con el dominio inscrito. No siendo un objeto espacial, ni un metadato en sentido estricto, el autor llega a la conclusión por la que la base gráfica registral es un metaobjeto, al ser una traducción al lenguaje geográfico de otro concepto, el objeto espacial finca registral, pues sin la finca registral no puede existir la base gráfica registral, pero si puede existir una finca sin su base gráfica registral. El valor que tiene la base gráfica registral es que sin su existencia, la finca registral no puede tener acceso a un Geoportal registral. Es decir, concluye el autor, los datos espaciales conforman el objeto espacial, como representación abstracta de un fenómeno real, que se localiza en una zona geográfica concreta, sustantividad de la que carece la base gráfica registral, que no es más que la traducción gráfica de ese objeto espacial, constituyendo su metaobjeto, pues nace del objeto espacial, sin el cual no puede llegar a existir. Pero, describe los conjuntos y servicios de datos espaciales, haciendo posible localizarlos, inventariarlos y utilizarlos, por lo que la base gráfica registral opera con datos, no con objetos, estableciendo una relación entre ellos

y el metaobjeto, que al interoperar deja fuera al concepto central del sistema registral español, la finca registral como objeto espacial.

[29] DÍAZ FRAILE, defiende ese carácter autónomo alegando la esencial doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de abril de 1997, recogida en la Resolución de la DGRN de 2 de octubre de 2012, conforme a la cual: «3. Asientos y documentos, en nuestro ordenamiento, en efecto, son actos distintos, resultado de procedimientos diferentes que persiguen fines distintos porque producen efectos de alcance y naturaleza también distinta». En los documentos públicos, por lo que se refiere al registro, tal como ya dijo la sentencia citada, «agotan sus efectos ante el Registro, al servir de base para la calificación e inscripción» que, como concluye esa misma Resolución, constituye un acto que tiene «vida jurídica propia y produce (…) efectos autónomos». Efectos, por lo demás, tan poderosos —y esta es la nota distinta de Registros como el español frente a los de transcripción o las meras contadurías— que el contenido del asiento, incluso discordante o divergente del título que publica, se impone al de este salvo mala fe del que pretenda utilizarlo. En un Registro de derechos como el español, el documento público —sea el registral, un procedimiento más próximo al administrativo o a los de jurisdicción voluntaria— constituye solo, como en todos los procedimientos de jurisdicción voluntaria o administrativos, un medio de prueba cuya valoración corresponde hacer exclusivamente al órgano encargado de adoptar la resolución final». Esta doctrina constitucional y registral ha cobrado carta de naturaleza normativa al asumirse legalmente mediante la nueva regulación que respecto de la firma del registrador incorpora al artículo 9, i) de la Ley Hipotecaria tras su reforma aprobada por la Ley 13/2015, según el cual se hará constar en todo caso en el asiento como circunstancia esencial del mismo «El acta de inscripción y la firma del registrador, que supondrá la conformidad del mismo al texto íntegro del asiento practicado», en contraste con lo previsto en la redacción anterior del mismo precepto, conforme al cual «La firma del registrador, que implicará la conformidad de la inscripción, con la copia del título de donde se hubiere tomado», reflejando así la autonomía de naturaleza y efectos de la inscripción frente al título en virtud del cual se autorizó. De lo anterior resulta con toda claridad que una vez calificada positivamente e inscrita la certificación gráfica catastral (por su correspondencia con la descripción literaria de la finca en el Registro), dicha representación gráfica pasa a ser registral en el sentido de adquirir autonomía y efectos propios y distintos de los derivados de la propia certificación catastral originaria, en los términos indicados en la transcrita Resolución de 2 de octubre de 2012: una vez inscrita, la representación gráfica adquiere «vida jurídica propia y produce (…) efectos autónomos», como señala la mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional. Así lo entendió también la Comisión del Colegio de Registradores para la interpretación de la Ley 13/2015 al afirmar que «la representación gráfica, sea catastral o alternativa, una vez inscrita, se convierte en representación gráfica registral y queda sujeta a las normas hipotecarias». Y este es asimismo el criterio que se desprende de la Resolución de 26 de octubre de 2015, conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro, por la que se regulan los aspectos técnicos del intercambio de información entre el Catastro y los Registros de la Propiedad, que en su apartado noveno, sobre publicidad gráfica registral, aclara que una vez coordinadas las fincas registrales con una o varias parcelas catastrales, la «publicidad gráfica registral» de aquellas será la resultante de la georreferenciación de la cartografía catastral «inscrita en el momento de la coordinación». De forma que a tal efecto los registradores, a través de su aplicación informática auxiliar, «generarán la correspondiente representación gráfica, sin que se pueda emplear como publicidad registral la certificación catastral descriptiva y gráfica en ningún otro formato gráfico catastral que incluya los datos de titularidades distintos de los registrales». Queda claro, pues, que existe una «publicidad gráfica registral», distinta de la publicidad gráfica catastral, porque existen unas representaciones gráficas registrales como concepto y categoría jurídica y conceptual distinta de las representaciones gráficas catastrales.

[30] Así lo interpretó el número tercero de la Resolución Circular de la DGRN de 3 de noviembre de 2015, cuando declaró que «*el registrador extraerá las coordenadas de los vértices de la finca y le adicionará como metadatos la identificación del asiento de presentación y el código de la finca registral, generando un archivo electrónico, también en formato GML, que firmará con su certificado reconocido de firma electrónica*». La RDGRN de 2 de agosto de 2016 homologa la aplicación informática, a que se refiere el artículo 9 de la LH, en cuanto a la: «*a) La capacidad de calificación e inscripción gráfica a través de servicios de mapas web en línea, con el fin de poder enlazar e interoperar visualmente, así como realizar análisis de contraste, con la cartografía elaborada por la Dirección General del Catastro y con aquellas otras cartografías o planimetrías, debidamente georreferenciadas y aprobadas oficialmente por las distintas Administraciones competentes en materia de territorio, dominio público, urbanismo o medio ambiente, que fueran relevantes para el conocimiento de la ubicación y delimitación de los bienes de dominio público y del alcance y contenido de las limitaciones públicas al dominio privado. En particular, una vez quede ultimada la cartografía georreferenciada de los puertos de titularidad estatal, la aplicación informática registral objeto de la presente homologación deberá incorporar al sistema dicha cartografía, de modo que se permita su interoperabilidad con la georreferenciación de las fincas registrales para poder compararlas con la ubicación y delimitación de los bienes de dominio público, a los efectos de prevenir la invasión de dicho dominio público en el ejercicio de la calificación registral. b) La capacidad de publicidad, para lo cual y, a efectos meramente informativos, se utilizará un servicio en línea, relacionado con la aplicación de representación gráfica, para crear alertas específicas sobre fincas que fueran afectadas por procedimientos de inmatriculación, deslinde o rectificación de cabida o linderos, así como para informar de la inmatriculación*». La Resolución fue impugnada judicialmente y fue ratificada su legalidad por la STSJ de Madrid 590/2019, de 18 de septiembre de 2019, que en su Fundamento de Derecho Décimotercero, declaró que la incorporación de la georreferenciación al asiento no arranca de la Resolución impugnada, que no crea un nuevo asiento electrónico, sino que se ordena por la ley, teniendo en cuenta que el artículo 237 de la LH, que los recurrentes pretenden ignorar, dispone en su párrafo 2.º: «*Los libros de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles deberán llevarse por medios informáticos que permitan en todo momento el acceso telemático a su contenido*», siendo pues la resolución recurrida traslado directo de los artículos 9 b), 202 de la LH y 237 del RH, limitándose la resolución impugnada a interpretar y aclarar el modo en que dichos preceptos legales ha de aplicarse. También declaró que ni la RDGRN Circular de 3 de noviembre de 2015 ni la de homologación de 2 de agosto de 2016 invaden el ámbito de la función calificadora por lo que no cabe sostener que se vulnere la independencia del registrador en su ejercicio. Para culminar declarando que el penúltimo párrafo del artículo 9.b) de la LH es quien dispone que la aplicación informática empleada por cada Registro de la Propiedad esté integrada con el correspondiente Colegio, formando un sistema informático único, lo que justifica que la resolución—circular de 3 de noviembre de 2015 disponga que el archivo que contenga la representación gráfica georreferenciada se archive en el servidor del Registro y, además, se remita con el CSV al portal de servicios registrales geográfico del Colegio de Registradores. Es más, la aplicación informática homologada, tal como establece la resolución, genera así un sistema de copias de seguridad de los archivos informáticos con las representaciones gráficas inscritas. Se trata de un elemento de seguridad impuesto en el proceso de homologación, que no solo no causa ningún perjuicio al registrador ni a los ciudadanos sino que, al contrario, evita los perjuicios en caso de pérdida de datos del servidor del Registro. Además, se trata de datos complementarios al asiento, pero no del asiento mismo que sigue constando en los libros registrales. Tampoco impone el uso de la firma electrónica para los asientos, pues estos pueden seguir firmándose de forma manuscrita, sino que simplemente se limita a interpretar la ley, respecto a la forma de incorporar a un asiento literario una circunstancia electrónica, como es la georreferenciación de la finca, todo ello

integrado en un sistema informático único, integrado por la aplicación auxiliar gráfica de calificación registral, el contenido del Registro y los Servicios Centrales del Colegio, tanto geográficos, como literarios.

[31] Ya mantuvimos esta posición en «la inscripción de la representación gráfica de una finca matriz dividida horizontalmente y su coordinación gráfica con el Catastro», GEOSIGreg 2014, núm. 17, noviembre de 2017.

[32] Como dice GRAGERA IBÁÑEZ, entendida como delimitación cartográfica o fijación geométrica del perímetro de cada finca por coordenadas geodésicas, que permite el tratamiento informático del inmueble, relacionándolo con sus fincas colindantes y con el territorio, asociando todo tipo de información, tanto gráfica como alfanumérica, en un Sistemas de Información Geográfico Registral, que permite visualizar, relacionar y tratar los bienes inmuebles de manera completa y total, en todas sus dimensiones.

(Trabajo recibido el 14-3-2020 y aceptado para su publicación el 18-5-2020)

DICTÁMENES Y NOTAS

¿Es posible la usucapión ordinaria *contra tabulas*?

Is ordinary usucaption «contra tabulas» possible?

por
JOSÉ MARÍA TRINCADO AZNAR
Abogado

RESUMEN: La concepción psicológica o ética de la buena fe es un tema que ha preocupado a la doctrina y jurisprudencia. En cuanto a esta última, nuestro Tribunal Supremo ha ido evolucionando en los últimos años desde una posición psicológica radical (la buena fe en el campo de los derechos reales, dice la STS de 17 de julio de 1999, «nada tiene que ver con las maquinaciones y el engaño, sino pura y simplemente con el creer o ignorar si la titularidad dominical del transferente era o no exacta») a una posición ética de la que es expresión la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo que exige, en el ámbito de los derechos reales, una «carga ética de diligencia "básica" que haga, en su caso, excusable el error» (por todas, STS de 19 de mayo de 2015). Las repercusiones de dicha reciente evolución jurisprudencial son notables en el ámbito no solo del tercero hipotecario del artículo 34 de la Ley Hipotecaria sino también del usucapiente *contra tabulas*. Así, en este artículo se analizará, sobre la base de dicha lenta evolución jurisprudencial a favor de una concepción ética de la buena fe, si puede existir, en derecho español, un usucapiente *contra tabulas* de buena fe, así como si el tercero del artículo 36 de la Ley Hipotecaria puede ser de buena fe y, por tanto, tercero hipotecario.

ABSTRACT: The psychological or ethical concept of good faith is an issue which has concerned both doctrine and jurisprudence. With regard to the latter, our Supreme Court has, in recent years, evolved from a position of radical psychology (good faith in the field of rights in rem, according to STS 07/17/1999, has nothing to do with machinations and deception, but purely and simply with the belief or ignorance that the proprietary ownership of the transferor was accurate) to an ethical position which demands, within the scope of rights in rem, an «ethical responsibility of «basic» diligence which, where appropriate, renders the error excusable» (for all, STS 05/19/2015). The repercussions of this recent jurisprudential evolution are notable not only within the scope of the third-party mortgagee of article 34 of the Mortgage Law, but also with regard to the concept of the «contra tabulas» usucapient (against registered ownership). Thus, this article will analyse, on the basis of said slow jurisprudential evolution, whether a «contra tabulas» usucapient in good faith can exist in Spanish law, as well as tackling the question of whether or not the third party of article 36 of the Mortgage Law can be in good faith, and therefore, a third-party mortgagee.

PALABRAS CLAVE: Usucapión ordinaria. Bienes inmuebles, prescripción adquisitiva *contra tabulas*. Buena fe.

KEY WORDS: Ordinary usucaption. Immovable property. Acquisitive prescription «contra tabulas». Good faith.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL Y REGULACIÓN LEGAL.—II. EL PROBLEMA DE LA VIGENCIA DEL ARTICULO 1949 DEL CÓDIGO CIVIL: 1. El artículo 1949 del Código civil, que impide la usucapión ordinaria *contra tabulas*, sigue vigente: *1.1. El artículo 1949 del Código civil regula la usucapión ordinaria* contra tabulas *y el artículo 36 LH la extraordinaria. 1.2 El artículo 1949 del Código civil sigue vigente, pero solo se aplica a supuestos patológicos de doble inmatriculación.* 2. El artículo 1949 del Código civil que impide la usucapión ordinaria *contra tabulas* ha sido derogado.—III. LA CONCEPCIÓN PSICOLÓGICA Y ÉTICA DE LA BUENA FE: 1 Breve indicación histórica. 2. La buena fe psicológica y ética en derecho español.—IV. BREVE REFERENCIA A LA BUENA FE DEL TERCERO HIPOTECARIO DEL ARTÍCULO 34 LH.—V. EL PROBLEMA DE LA BUENA FE EN EL USUCAPIENTE CONTRA TABULAS Y EN EL TERCERO DEL ARTÍCULO 36 LH. TEORÍAS: 1. El usucapiente *contra tabulas* no puede ser de buena fe. 2. El usucapiente

CONTRA TABULAS PUEDE SER DE BUENA FE. 3. EL TERCERO DEL ARTÍCULO 36 LH NO PUEDE SER CASI NUNCA O NUNCA DE BUENA FE NI, POR TANTO, TERCERO HIPOTECARIO. 4. EL TERCERO DEL ARTÍCULO 36 LH PUEDE SER DE BUENA FE Y, POR TANTO, TERCERO HIPOTECARIO. 5. LA POSICIÓN DE NUESTRA JURISPRUDENCIA SOBRE LA BUENA FE DEL TERCERO DEL ARTÍCULO 36 LH. 6. EL USUCAPIENTE CONTRA TABULAS NO GOZA DE JUSTO TÍTULO Y, POR TANTO, NO PODRÁ USUCAPIR ABREVIADAMENTE. 7. TOMA DE POSTURA.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL Y REGULACIÓN LEGAL

Las relaciones entre Registro y usucapión son siempre tensas. Por un lado, el Registro, creación humana; por el otro «*la misteriosa fuerza de la tierra»* que aquel no puede desconocer (ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, 2010:88). Dicha tensión entre Registro y prescripción adquisitiva se manifiesta con especial intensidad cuando la posesión que sirve de base a la usucapión se opone a los asientos tabulares porque, en dichos supuestos, se exterioriza el «*perpetuo conflicto* (que existe) *entre el poseedor tabular y el diablo suelto fuera del Registro»* (NÚÑEZ LAGOS, 1945: 7)[1].

Dicha prescripción adquisitiva *contra tabulas* está regulada en los artículos 1.949 del Código civil (en lo sucesivo CC) y 36 de la Ley Hipotecaria (en lo sucesivo LH), si bien, como veremos, la jurisprudencia y doctrina mayoritaria consideran que este artículo de la LH, como *Lex posterior*, ha derogado aquel precepto del Código civil.

Junto a dichos preceptos específicos de la usucapión *contra tabulas*, nuestro Código civil regula la usucapión con carácter general en los artículos 1930 y sigs. Y, así, en apretada síntesis dicho Código requerirá, para la prescripción ordinaria de inmuebles, justo título —título que ha de ser verdadero y válido y no se presume nunca, artículos 1953, 1954 del Código civil—, buena fe (art. 1940 CC) y posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida (art. 1941 CC) durante 10 años entre presentes y 20 entre ausente (art. 1957 CC). Y, para la usucapión extraordinaria simplemente exigirá posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de justo título ni de buena fe, y sin distinción entre presentes y ausentes (art. 1959 CC).

En base a todos esos preceptos es doctrina unánime que el usucapiente podrá usucapir contra los pronunciamientos del Registro si cumple los requisitos de la usucapión extraordinaria. El problema que se plantea es si el usucapiente *contra tabulas* puede aprovechar los plazos abreviados de la usucapión ordinaria y, en el fondo, si puede existir un prescribiente de buena

fe y justo título contra los pronunciamientos del Registro, porque si la respuesta a esta última pregunta es negativa, es decir si no cabe, en estos casos, buena fe o justo título, jamás podrá haber una usucapión ordinaria *contra tabulas* que, por definición, exige dichos requisitos. Existen, por tanto, dos grandes problemas que pasamos a estudiar: si está vigente el artículo 1949 del Código civil y si, con independencia de dicha vigencia, puede ser de buena fe quien usucape contra los pronunciamientos del Registro.

II. EL PROBLEMA DE LA VIGENCIA DEL ARTÍCULO 1949 DEL CÓDIGO CIVIL

El primer problema que se plantea es si el artículo 1949 del Código civil sigue o no vigente. Porque si está vigente no cabría la usucapión ordinaria *contra tabulas*[2] o, a lo sumo, según un sector doctrinal, la usucapión ordinaria no correría ni se iniciaría contra el titular inscrito mientras no inscriba su título el usucapiente y, puesto que el usucapiente no podría inscribir su derecho en el folio de la finca usucapida por aplicación del principio hipotecario de tracto sucesivo y prioridad registral, la usucapión ordinaria quedaría limitada a los excepcionales y patológicos supuestos de doble inmatriculación[3]. La discusión, sin duda, ha perdido fuerza tras la STS (1.ª) de 21 de enero de 2014 (Pleno) que entiende derogado dicho artículo, pero aun conviene tenerla presente no solo porque la vacilante jurisprudencia del Alto Tribunal sobre esta materia hace que no sea imposible un futuro cambio de doctrina jurisprudencial por el propio Tribunal Supremo, sino también porque a pesar de la especial fuerza de las sentencias dictadas por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo[4] mientras formalmente siga, en nuestro Código civil, dicho artículo 1949 la duda sobre su vigencia seguirá presente ya que, como indica la STC, Pleno, 37/2012 de 19 de marzo de 2012 (BOE de 12 de abril de 2012) los jueces no están vinculados por las sentencias del Tribunal Supremo pudiendo apartarse «*mediante un razonamiento fundado en Derecho, del criterio sostenido por Tribunales superiores e incluso de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo*». Existen, pues, dos grandes teorías:

1. El artículo 1949 del Código civil, que impide la usucapión ordinaria *contra tabulas*, sigue vigente

La doctrina minoritaria y cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo han defendido la vigencia del artículo 1949 del Código civil[5]. Pero, a dicho resultado, se puede llegar o bien por la vía de considerar que el artículo 1949 del Código civil regula la prescripción ordinaria *contra tabulas* reduciéndose

el artículo 36 LH a la usucapión extraordinaria *contra tabulas* o bien por la vía de considerar que el artículo 1949 del Código civil, aunque vigente, tiene limitada su aplicación a supuestos patológicos de doble inmatriculación. Cabe distinguir, por tanto:

1.1. El artículo 1949 del Código civil regula la usucapión ordinaria contra tabulas *y el artículo 36 LH la extraordinaria*

Señalaba AZPIAZU RUIZ que la usucapión ordinaria *contra tabulas* carece de sólidos fundamentos y encuentra su rechazo en el artículo 1949 del Código civil, en parte de la doctrina, en diversas sentencias del Tribunal Supremo, en la doctrina de la legitimación y *fides* pública registral y en la doctrina de la buena fe, en contraposición a la de la publicidad registral (AZPIAZU, 1946: 737). Añade NÚÑEZ LAGOS (1962: 10 y 11), desde una interpretación de la *mens legislatoris,* que la Comisión que redactó la LH de 1944 acordó de antemano y respetó después, como si de un precepto constitucional se tratara, la *intangibilidad* del Código civil renunciando a derogar, ni expresa ni tácitamente, el artículo 1949 del Código civil. Por otro lado, a juicio de este autor, dentro de las fuentes formales de nuestro sistema registral, la LH tiene un carácter de ley «supletoria, secundum Codicem» (NÚÑEZ LAGOS, 1962: 12). En consecuencia, tras la LH de 1946, el artículo 1949 del Código civil mantiene todo su vigor y condiciona el ámbito de aplicación del artículo 36 LH «dejándolo reducido a la prescripción extraordinaria» (NÚÑEZ LAGOS, 1962: 13). Por último, GARCÍA GARCÍA defiende, también, la vigencia del artículo 1949 del Código civil y entiende, con AZPIAZU y NÚÑEZ LAGOS, que el artículo 1949 del Código civil impide la usucapión ordinaria *contra tabulas* «y esto es así sin más distingos sobre la buena fe» (GARCÍA, 2002: 134). Y en defensa de su tesis de la vigencia del 1949 del Código civil, GARCÍA GARCÍA (2002: 136) no solo invoca la STS 31 de marzo de 1992 que hace expresa aplicación de dicho artículo sino que, además, se adhiere expresamente a la tesis de NÚÑEZ LAGOS al concluir que: «el artículo 1949 del Código civil no entraba en ningún plan de derogación por parte del legislador hipotecario de 1944» (GARCÍA, 2002: 133). Recientemente, ALBALADEJO, cambiando su criterio anterior, se adhiere a la tesis de GARCÍA GARCÍA e indica, en consecuencia, que el artículo 36 LH se refiere solo a la usucapión extraordinaria y no a la ordinaria (ALBALADEJO, 2005: 238) y que, esta última, o se rige por la regulación general del Código civil o se rige por el artículo 1949 del Código civil, que considera vigente, si se trata de usucapiente que tiene título inscrito y que usucape contra quien también tiene título inscrito (ALBALADEJO, 2005: 239).

1.2. El artículo 1949 del Código civil sigue vigente, pero solo se aplica a supuestos patológicos de doble inmatriculación

Por su parte, otros autores han defendido una vigencia limitada del artículo 1949 del Código civil considerando que dicho precepto solo se aplica a los supuestos de doble inmatriculación en los que, como señala YZQUIERDO TOLSADA, si ninguno de los contendientes son tercero hipotecario, o ambos lo son, el artículo 313.3.ª RH neutraliza recíprocamente los efectos de la fe pública registral resolviéndose el problema conforme a las reglas generales de estricto Derecho civil, confrontando los modos de adquirir de cada uno para decidir qué titulación ha de triunfar (YZQUIERDO, 2011; 1583-1584). Y en este supuesto —añade— «triunfará quien, además de tener una inscripción a su favor […] ha mantenido también una correlativa posesión *ad usucapionem*» (2011; 1584).

2. El artículo 1949 del Código civil que impide la usucapión ordinaria *contra tabulas* ha sido derogado

La doctrina mayoritaria y la doctrina actual del Tribunal Supremo han defendido la derogación del artículo 1949 del Código civil por lo que, en abstracto, admiten la usucapión ordinaria *contra tabulas* (cuestión distinta, que luego analizaremos, es si cabe un usucapiente de buena fe *contra tabulas*). Así, se ha señalado por la doctrina que la teoría de la subsistencia del artículo 1949 del Código civil es criticable porque, salvo los supuestos patológicos de doble inmatriculación, los principios de prioridad y tracto sucesivo se opondrán a que el usucapiente pueda inscribir su título en el Registro y no parece razonable entender que dicho artículo y la usucapión ordinaria *contra tabulas* se limite solo a un supuesto patológico[6].

Existen razones adicionales para sostener dicha derogación tácita. Y ello no solo porque el artículo 36 LH —«*Lex posterior*» al Código civil— no distingue entre usucapión ordinaria y extraordinaria (argumento *«ubi lex non distinguit*, *nec nos distinguere debemus»),* sino también porque el artículo 1949 del Código civil es incompatible con el artículo 36 LH ya que aquel artículo del Código civil estaba pensado para la anterior regulación de la *usucapio contra tabulas* contenida en el artículo 35 de la LH de 1869 y 1909 (que establecía que no perjudicaría a tercero la usucapión ordinaria si el justo título no se hallaba inscrito principiando a correr la usucapión desde la inscripción) y, por ello, responde a unos presupuestos registrales distintos e incompatibles con los actuales[7].

En atención a todos estos argumentos, la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo Pleno de 21 enero 2014 ha fijado doctrina

en relación con la usucapión «contra tabulas», considerando en su FD 2.º que el artículo 1949 del Código civil ha sido derogado por el artículo 36 aptdo. I y II de la LH, y ello porque el régimen previsto en el artículo 36 LH se trata de un *«un nuevo régimen totalmente distinto del anterior en lo que afecta a la posición del "tercero hipotecario", que ha venido a sustituir en su integridad el previsto en el artículo 1949 del Código civil, en cuanto que, al no distinguir, debe entenderse que afecta tanto a la prescripción ordinaria como a la extraordinaria»*[8].

Ahora bien, aun aceptando la doctrina del Tribunal Supremo acerca de la derogación tácita del artículo 1949 del Código civil ello no significa que quepa, automáticamente, la usucapión ordinaria *contra tabulas* porque esta exige buena fe y justo título y es dudoso que dicho usucapiente pueda reunir dichas condiciones. Al análisis de dicha discusión dedicaré los siguientes apartados.

III. LA CONCEPCIÓN PSICOLÓGICA Y ÉTICA DE LA BUENA FE

El concepto de buena fe «es uno de los más difíciles de aprehender dentro del Derecho Civil y, además, uno de los conceptos jurídicos que ha dado lugar a más larga y apasionada polémica» (DÍEZ PICAZO, 1963: 134-135) siendo una noción tan elástica que puede afirmarse «que todo el mundo lo conoce, pero que nadie lo conoce con precisión» (CASTRO LUCINI, 1983: 1229). Varias causas concurren a dicha dificultad de aprehensión. En primer lugar, porque no es fácil, como señala MIQUEL (1990), la comprensión y exposición de un principio que tiene tan vastas aplicaciones y que se aplica a variadas situaciones con peculiares matices valorativos. En segundo lugar, por una cuestión histórica y ello porque la doctrina no se ha puesto de acuerdo sobre si dicho concepto debe considerarse unitariamente o, por el contrario, hay que partir de la distinción entre la buena fe objetiva y la subjetiva.

En todo caso, al igual que ya señalara DÍEZ PICAZO con relación a la teoría de la causa (DÍEZ PICAZO, 1996: 216), lo que está empeñado en la teoría de la buena fe, aunque otra cosa a primera vista pueda creerse, no es un mero juego conceptual, sino algo que tiene una honda repercusión práctica. Una pluralidad de conflictos típicos de intereses tiene, en la teoría de la buena fe, el centro de gravedad de su solución normativa. Y ello porque, según que se adopte una posición psicológica o ética sobre la buena fe o según se adopte una solución unitaria o no unitaria de la buena fe[9] ello nos permitirá dar una solución u otra a preguntas sobre si el usucapiente que posee contra los pronunciamientos del Registro puede ser de buena fe y, en consecuencia, si puede usucapir abreviadamente *contra tabulas*.

1. Breve indicación histórica

Definía MODESTINO la buena fe del comprador afirmando: «*Se considera que es comprador* "*de buena fe*" *el que ignoró que la cosa era ajena, o creyó que el que la vendió tenía derecho para venderla, por ejemplo, que era procurador o tutor*» (D. 50, 16, 109)[10]. En dicha definición se contienen disyuntivamente dos estados psicológicos: o el comprador ignora que la cosa es ajena o, bien, cree que el vendedor podía venderla. Ambos estados psicológicos pueden sintetizarse en que actúa de buena fe el sujeto que cree ser el dueño de la cosa (*opinio dominii*). Y en dicha definición no se contenía, al menos explícitamente, ningún factor ético[11]. De este modo llegó dicha concepción de la buena fe como «*opinio dominii*» [12] a los romanistas del S. XIX, si bien en dicho siglo la concepción psicológica empezará a resquebrajarse por influencia de un sector de la Pandectística, escuela formalista que representa la expresión más acabada de la tradición jurídica occidental (ROBLES, 2015:101) y constituye la «columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno» (BERNAD, 2016: *passim*).

La Pandectística alemana del S. XIX se propuso «la sobrehumana tarea de someter a sistema las decisiones casuistas de los textos romanos» (DE CASTRO, 1985: 529 n. 2) y ahormar el Derecho romano a una estructura dogmática sistematizada. En su intento de dotar de sistema a la *bona fides* romana, surgió una polémica, en el seno del movimiento de Pandectas, que continuaría a lo largo de las primeras décadas del siglo XX con aportaciones esenciales de la dogmática italiana. Así, mientras unos afirmarán que la buena fe romana era un concepto unitario, otros señalarán que en derecho romano existió un concepto de buena fe para las relaciones negociales y otro para las relaciones jurídico-reales. Mientras unos considerarán que el concepto de buena fe romano era un concepto psicológico, otros entenderán que la buena fe romana era un concepto ético. Y si bien existen una pluralidad de teorías sobre qué debe entenderse por buena fe[13] a efectos prácticos parece conveniente reducirlas a dos, la concepción psicológica y ética de la buena fe, porque solo dichas dos concepciones «parecen reñir la batalla tanto en la doctrina como en la legislación» (DÍEZ PICAZO,1963: 135)[14]. Podemos, en el debate habido en el S. XIX sobre la esencia de la buena fe, por tanto, distinguir:

1. Concepción psicológica pura de la buena fe (la buena fe como «*opinio dominii*»). Con base en el texto de MODESTINO citado y en otros fragmentos del Digesto, un importante sector de la pandectística alemana (WACHTER, WINDSCHEID) acepta una diferente configuración de la buena fe en materia de relaciones obligatorias y en materia jurídico real, considerando que la buena fe, en este último ámbito, es, ante todo, un hecho

psicológico y subjetivo sin ningún contenido ético, un hecho intelectivo; es un problema del ser y no del deber y consiste en una *opinio*, en una creencia errónea[15]. Así, para sus partidarios, el error es elemento constitutivo de la buena fe y es irrelevante la excusabilidad o no del error: el poseedor actúa de buena fe, aunque su error sea inexcusable. La concepción psicológica, dice MIQUEL (1991: 42), mide, así, el valor moral de una acción por el efectivo conocimiento y, por tanto, con referencia al sujeto que actúa: este no puede tener intención de causar daño porque «*voluntas non fertur in incognitum*» (la voluntad no se mueve hacia lo desconocido)[16]. La buena fe sería, por tanto, ausencia de dolo.

2. Concepción ética de la buena fe. La concepción psicológica de la buena fe exclusivamente como *«opinio dominii»* empieza a resquebrajarse en el S. XIX no solo porque, con arreglo a la misma, el Derecho daría idéntico trato al hombre leal y cuidadoso para los intereses de los demás que al egoísta y descuidado (GÓMEZ ACEBO, 1952: 107), sino también porque un sector de la Pandectística (que no hay que olvidar que estaba analizando la *bona fides* romana) señalará que dicha concepción de la buena fe como «*opinio dominii*» (creencia de ser propietario) no da respuesta a diversos supuestos contemplados en los textos del derecho romano. Todo ello llevó a un sector de la pandectística alemana y posteriormente a la mejor doctrina italiana de principios del S. XX a proponer una concepción ética y unitaria de la buena fe si bien mientras unos considerarán que el derecho romano tuvo una concepción ética de la buena fe pero podía haber tenido, si así lo hubiera decidido el legislador romano, una concepción psicológica (así BRUNS), otros considerarán que en el concepto de buena fe ha de estar presente necesariamente el elemento ético (así BONFANTE). Cabe por tanto distinguir:

A) Concepción ético formal. BRUNS sostiene, frente a la teoría psicológica pura, la unidad del concepto de buena fe, idéntico en las relaciones reales y en las obligatorias. Según BRUNS el legislador es libre para configurar la buena fe de dos modos que son antitéticos entre sí: puede exigir un mero estado psicológico, es decir, una convicción personal, una opinión, una creencia en algo, (en cuyo caso no se tiene en cuenta la excusabilidad del error que originó esa creencia) o puede requerir, además que dicha creencia y convicción sea honesta, moralmente recta y éticamente irreprochable[17] y exigir, así, al usucapiente «*il comportarsi scrupolosamente da persona dabbene*»[18]. Y, en este último caso, si opta por la concepción ética, para que exista buena fe no bastará la convicción personal del poseedor, sino que es preciso examinar la moralidad del hecho en que se funda esa convicción de modo que el error inexcusable impide la buena fe y, por tanto, la usucapión ordinaria[19]. Si para la concepción psicológica pura la buena fe

es la ausencia de dolo para esta concepción ético formalista la buena fe sería la ausencia de culpa o, dicho en otras palabras, la buena fe sería un error excusable (GÓMEZ ACEBO, 1952: 107). Pues bien, a juicio de BRUNS, el legislador romano, aunque era libre para elegir entre uno u otro sistema, optó por una concepción ética de la buena fe. Y BRUNS alcanza dicha conclusión no solo por las mismas expresiones usadas (*fides*, *bona fides*) que ya indican conceptos altamente morales, no solo porque dicho sentido ético fue el empleado por todos los autores romanos y fue solo como resultado del cristianismo y del derecho canónico que la palabra *fides* comenzó a significar creencia, sino, sobre todo, porque, en derecho romano, había, por un lado, casos en los que la buena fe no podía significar «creencia» ya que el comprador adquiría del propietario o de persona autorizada o tutor[20] y, por otro lado, casos en que existía buena fe del *accipiens* pese a conocer que estaba adquiriendo *a non domino*[21].

La tesis de BRUNS fue criticada, solo unos años después de formularse, por PERNICE (1878) quien se muestra contrario al concepto unitario de la buena fe y, si bien distingue —como BRUNS— dentro de la buena fe el elemento ético y el psicológico y señala que es de aquel elemento ético del que dimanan los efectos de la buena fe, afirmará que —en Derecho Romano— los jurisconsultos romanos, salvo POMPONIO, dan prevalencia al elemento psicológico sobre el ético[22].

B) Concepción ético material: Será principalmente BONFANTE quien en su obra *Essenza della bona fides e suo rapporto con la teorica del errore* (1893) critique la teoría de BRUNS. Como BRUNS, BONFANTE defenderá la unidad del concepto de buena fe, idéntico en las relaciones reales y en las obligatorias ya que «la buena fe es un concepto ético, general e igual en todas las relaciones» (BONFANTE, 1893; 94-95)[23]. La fides «era pel romano quello che per noi è l´onore e la virtú […] e significava la più austera osservanza del proprio dovere nelle relazioni co'propri simili» (BONFANTE, 1893: 95-96); la buena fe, en resumen, era «el comportarse como persona honrada en la toma de posesión; en otros términos, la conciencia de que no se causa perjuicio alguno al poseedor legítimo» (BONFANTE, 1965: 292)[24]. Aunque el «presupuesto normal» de la buena fe es un error[25] esto no conlleva que dicho error sea elemento constitutivo de la buena fe, como tampoco es elemento constitutivo de la buena fe la excusabilidad del error.

Pero las diferencias fundamentales entre el pensamiento de BRUNS y de BONFANTE son principalmente dos. Primero, el autor italiano criticará la antítesis que defendía BRUNS entre dos formas de buena fe, una ética y otra psicológica, porque, a juicio de BONFANTE, ambos elementos son fundamentalmente éticos y se distinguen solo por el grado de rigidez ética[26]. Y segundo, aunque ambos autores defienden un concepto unitario de la

buena fe para BONFANTE dicha unidad no deriva, como diría BRUNS, de que así lo decidiera el legislador romano, sino que deriva de que así lo exige la naturaleza de las cosas, ya que necesariamente en el concepto de buena fe ha de estar presente el elemento ético (URBANO, 1959: 36-37). Para BONFANTE la buena fe es un concepto ético que el Derecho asume sin modificarlo: *«la buona fede è un concetto etico, assunto dal diritto, ma precisamente un concetto non alterato punto dal diritto che l'assume non foggiato dalla legge ad arbitrio suo»* (BONFANTE, 1893:94). Y, por otro lado, BONFANTE niega la antítesis entre una *bona fides civilis* y una *bona fides naturalis* (1893:96-97).

Todas estas teorías sobre la buena fe tendrán importantes repercusiones en cuanto a la respuesta a la pregunta de si el error es un elemento constitutivo de la buena fe. Así, en la concepción psicológica pura, el error es un elemento constitutivo de la buena fe puesto que esta no es más que un error (excusable o inexcusable). En la teoría ético formalista de BRUNS, la buena fe se concreta en un error excusable por lo que, tanto el error como la ausencia de culpa en su formación, son los elementos constitutivos de la buena fe. Por último, para la teoría ética material de BONFANTE el error no es elemento constitutivo de la buena fe, sino presupuesto psicológico «normal» de ella; el error no constituye la buena fe, sino que es algo externo y anterior a ella: es su motivación psicológica (GÓMEZ ACEBO 1952, 109-110)[27].

2. La buena fe psicológica y ética en derecho español

En derecho español, en materia de usucapión, de una lectura literal y aislada de los artículos 433 del Código civil (aplicable en virtud de la llamada del art. 1951 CC) y del artículo 1950 del Código civil parecería clara la concepción psicológica que atiende, para determinar la existencia o ausencia de buena fe, a un factor interno positivo (creencia del art. 1950 CC) o negativo (ignorancia del art. 433 CC)[28]. La buena fe en materia de prescripción adquisitiva consistiría, de aceptarse dicha tesis, en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio y en la ignorancia de que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide. Y ello, aunque dicha creencia o ignorancia que le sirven de base a la buena fe fueran producto de la negligencia. Pero ante la crítica principal que mereció dicha posición psicológica, porque otorga idéntico trato al hombre leal y cuidadoso para los intereses de los demás que al egoísta y descuidado, la mayoría de la doctrina española y la jurisprudencia más reciente adopta una posición ética[29] que exige que la buena fe se base siempre en un comportamiento diligente; no basta una creencia equivocada cuando dicho error es socialmente condenable, inexcusable y no diligente[30].

Por su parte, el Tribunal Supremo, en base a una interpretación casi literal de los artículos 433 y 1950 del Código civil, en una primera etapa que ha durado hasta principios de este siglo, aceptará en materia de usucapión, por un lado, una concepción psicológica de la buena fe y, por otro, admitirá una diferente configuración de la buena fe en materia de relaciones obligatorias y jurídico reales. Expresión de dicha postura es, entre otras, la STS de 17 de julio de 1999 que afirmará:

> *«según tiene declarado esta Sala (Sentencias de 16 de febrero de 1981 y 16 de marzo de 1981; 23 de enero de 1989 y 27 de septiembre de 1996) la buena fe, en el campo de los derechos reales, no es un estado de conducta, como ocurre en las obligaciones y contratos (art. 1269 y sigs. del CC), sino de conocimiento, según se evidencia con las dicciones de los artículos 433 y 1950 del Código civil que nada tiene que ver con las maquinaciones y el engaño, sino pura y simplemente con el creer o ignorar si la titularidad dominical del transferente era o no exacta»*[31].

No obstante, el Tribunal Supremo desde principios de este siglo ha iniciado una lenta tendencia hacia la buena fe objetiva[32] y recientemente se ha decantado hacia una concepción ética de la buena fe y así señalará la STS de 19 de mayo de 2015 que:

> *«la calificación de la buena fe como presupuesto de la prescripción ordinaria no puede quedar reconducida, únicamente, a una interpretación literalista del artículo 1950 del Código civil en favor de su delimitación como un mero estado psicológico consistente en la «creencia» de que el transferente era titular del derecho real y venía legitimado para transferir el dominio. En efecto, conforme a la interpretación sistemática del precepto citado en relación, entre otros, con los artículos 433, 435, 447, 1941, 1952 y 1959 del Código civil, así como con los artículos 34 y 36 LH, y de acuerdo con el reforzamiento del principio de buena fe que la reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala viene realizando respecto de aquellas instituciones o figuras jurídicas que resulten particularmente informadas por este principio, entre otras, SSTS de 11 de diciembre de 2012 y 14 de enero de 2014, debe precisarse que dicha apreciación meramente subjetiva del adquirente no resulta, por sí sola, determinante de la buena fe en el ámbito de la adquisición de los derechos reales, pues se requiere del complemento objetivable de un «estado de conocimiento» del adquirente acerca de la legitimación del transmitente para poder transmitir el dominio; aspecto al que igualmente le es aplicable una carga ética de diligencia «básica» que haga, en su caso, excusable el error que*

> *pudiera sufrir el adquirente respecto del conocimiento de la realidad del curso transmisivo operado y, en su caso, de la discordancia con la información ofrecida por el Registro»*[33].

Tras esta breve exposición sobre la buena fe en derecho español pasemos, ahora, a analizar brevemente la buena fe del tercero hipotecario del artículo 34 LH y, posteriormente, con más detalle, al usucapiente *contra tabulas,* así como la denominada por DE LA RICA (1949: 557-558) buena fe pluscuamperfecta del tercero del artículo 36 LH.

IV. BREVE REFERENCIA A LA BUENA FE DEL TERCERO HIPOTECARIO DEL ARTÍCULO 34 LH

La buena fe del adquirente es, entre otros, requisito esencial del tercero hipotecario del artículo 34 LH. Dicha buena fe «*se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro*» (art. 34.II LH) por lo que la buena fe de dicho tercero, en una primera aproximación, como dice la STS de 21 de febrero de 2012, sería en un sentido negativo «el desconocimiento de la inexactitud del Registro» y en un sentido positivo la «creencia o confianza en la exactitud del Registro de la Propiedad». Pero, supuesto esto, dicho precepto plantea, entre otros, dos importantes interrogantes: ¿cuál debe ser la diligencia exigible para quedar protegido por el artículo 34 LH y qué debe entenderse por la expresión «inexactitud del Registro» del artículo 34.II LH? Pasemos a analizarlos:

1. ¿Cuál debe ser la diligencia exigible para quedar protegido por el artículo 34 LH? Con relación al tercero hipotecario del artículo 34 LH se reproducen en la doctrina y jurisprudencia las dos concepciones sobre la buena fe cuya evolución hemos analizado: la concepción psicológica y la concepción ética. Aquella, señala la STS de 12 de enero de 2015, *«responde a un puro estado psicológico o psíquico del tercero adquirente en orden a la creencia de que el titular registral es el verdadero dueño de la cosa y ostenta un poder de disposición sobre la misma… de forma que la ignorancia o el equivocado conocimiento de la realidad jurídica no desvirtúa la protección registral otorgada con base en esta creencia acerca de la legitimidad de transmisión realizada*». Por contra, la concepción ética de la buena fe, sigue diciendo dicha sentencia, *«requiere la convicción de no lesionar legítimos derechos o intereses ajenos»* de modo que *«la noción de buena fe responde a una actuación diligente conforme a unos criterios o pautas de comportamiento que resulten socialmente aceptados*» por lo que, a diferencia de la concepción psicológica, no basta padecer cualquier tipo de error, «*sino solo el error*

que, según las circunstancias, sea excusable, esto es, que no se hubiera vencido actuando diligentemente».

De dichas dos concepciones predominantes en materia de fe pública registral la STS de 12 de enero de 2015 parece inclinarse por la concepción ética que exige al adquirente del titular registral una diligencia mayor que la mera consulta del contenido del Registro (MÉNDEZ, 2017-1:107; 2017-2: 607) si bien, sigue señalando dicha sentencia, la determinación o gradación de la diligencia exigible no pueda resolverse en abstracto sino que ha de determinarse por los Tribunales a la vista del caso concreto[34] con el inevitable problema de que, dicho amplio margen de discrecionalidad judicial, conllevará, sin duda, «una peligrosa disminución de la seguridad jurídica y, por lo tanto, un incremento de las dificultades transaccionales» (MÉNDEZ, 2017-1: 119; 2017-2: 610; 2018:39). En cuanto a dicha exigencia ética en algunos casos, dirá el Tribunal Supremo que la misma exige no solo la consulta de los asientos del Registro sino la comprobación de la finca «in situ» de modo que constituye una «*falta de diligencia incompatible con la buena fe la falta de comprobación de la finca* "*in situ*" *y la averiguación de la condición o del concepto en que se encontraba habitando la misma la demandada y su familia*» (STS de 7 de septiembre de 2007)[35] y, en otras, el Tribunal Supremo señalará que la carga ética de diligencia exigible hace que la existencia de «*una situación posesoria clara y manifiesta que se ejercite en concepto de dueño*» enerve la buena fe del adquirente (STS de 12 de enero de 2015).

Dicha concepción ética de la buena fe con su exigencia de comprobar el estado posesorio de la finca ha sido fuertemente criticada por un sector doctrinal. Y en este sentido, destaca MÉNDEZ GONZÁLEZ como el artículo 34 LH no exige la comprobación del estado posesorio de la finca (2017-1:114; 2018:35) así como que tal exigencia de verificar el estado posesorio del inmueble puede tener sentido «en un entorno de mercados muy reducidos donde las transacciones tienen lugar entre amigos y conocidos» y «en una economía agraria, con asentamientos humanos reducidos, normalmente con un alto grado de analfabetismo, en la que la tierra y los inmuebles en general no son objeto de transacción frecuente —mucho menos de hipoteca— porque su función esencial consiste en la producción de alimentos, normalmente para la subsistencia, especialmente en economías agrarias con un estado primario de desarrollo» (MÉNDEZ, 2017-1: 115-116; 2017-2: 609; 2018: 36), pero no tiene sentido en una economía de mercado caracterizada por la alta frecuencia contractual que además tiene lugar entre desconocidos —contratación impersonal. Por ello, concluye este autor, la interpretación que encarna la STS de 12 de enero de 2015 supone una rémora injustificada e indeseable «no solo para el comercio jurídico de titularidades inmobiliarias seguras, sino para la seguridad de los propios

derechos que se pretenden proteger, pilares ambos de una economía de mercado» (MÉNDEZ, 2017-1:119; 2017-2: 610; 2018:39). En todo caso, termina diciendo MÉNDEZ GONZÁLEZ, «afortunadamente» posteriores sentencias del Tribunal Supremo (p.e. la STS de 21 de julio de 2016) han corregido aquella exigencia «ética» de comprobación física de la finca y vuelven a señalar que la única diligencia exigible es la consulta de los libros del Registro (2017-1:117; 2018:37-38), teoría preferible, según MÉNDEZ, a la concepción ética que exige la comprobación física del inmueble pero, así todo, insuficiente porque, para MÉNDEZ GONZÁLEZ, en realidad, al tercero adquirente ni siquiera le debería ser exigible la diligencia de consultar al Registro, sino que lo único exigible es que adquiera del titular registral con facultades de disposición según el Registro —lo que, en rigor, puede tener lugar sin que lo haya consultado— y que no conozca inexactitud alguna jurídico real del Registro (MÉNDEZ, 2017-1: 106 y 116; 2017-2: 606 y 609; 2018: 29-30 y 37) entendiendo dicha expresión —«inexactitud del Registro»— empleada por el artículo 34.II LH en el sentido que explicaremos al abordar la siguiente cuestión:

2. ¿Qué debe entenderse por la «inexactitud del Registro» a que alude el artículo 34.II LH? La teoría casi unánime en la doctrina y jurisprudencia considera que existe conocimiento de la inexactitud registral a que alude el artículo 34.II LH cuando el *accipiens* que inscribió conocía que el *tradens*, titular registral, había dispuesto previamente del inmueble a favor de otro adquirente. La transmisión del dominio para dicha concepción tradicional tiene lugar extrarregistralmente de acuerdo con las normas del Código civil, es decir por el título seguido de la tradición (art. 609 pfo. 2 CC) de modo que la inscripción no interviene en dicho proceso transmisivo. Y así, según dicha tesis, cuando A vende a B un inmueble en escritura pública (concurre, pues, el título —contrato de venta— y la *traditio ficta* del art. 1462.2 CC) aquel deja de ser propietario y pierde el *«ius disponendi»* sobre el objeto, de modo que si B no inscribe y A, que sigue siendo titular registral, vende el inmueble a C este último adquiere *a non domino* porque A, al vender a C, ya no era propietario. Frente a dicha tesis casi unánime se ha propuesto por MÉNDEZ GONZÁLEZ, en opinión aislada, que, con relación a la propiedad inscrita, la LH debe prevalecer sobre el Código civil y regir, en lugar de la tradicional teoría del título y el modo, un sistema de transmisión tabular o registral (2017-1: 74; 2018:18), de modo que el *«ius disponendi»* del titular registral no se extingue con el título seguido de la *traditio* sino que requiere, además del título y el modo, la inscripción, con los requisitos del artículo 34 LH, a favor del *accipiens* (MÉNDEZ, 2017-1: 81 y 87; 2017-2: 602, 603; 2018:18); el poder de disposición —y, por tanto, la titularidad *in rem*— no se trasladan al adquirente negocial en el momento de la *traditio*

sino en el de la inscripción, de modo que mientras el primer adquirente no inscriba es un acreedor, no un propietario o titular de un derecho real. De este modo, si el titular registral (A) dispone a favor de B no pierde aquel titular registral, mientras B no inscriba, su *ius disponendi*[36] por lo que si B no inscribe y el titular registral vuelve a disponer a favor de otro adquirente (C) entonces este segundo adquirente adquiere *a domino* (y no, como sostiene la doctrina mayoritaria, *a non domino*) porque adquirió de quien seguía siendo el titular reconocido por el Estado, cuyo *ius disponendi* no se extinguió porque B prefirió no solicitar la inscripción de su adquisición (MÉNDEZ, 2017-1: 83; 2018: 21)[37] De este modo, vence C sobre B porque B es un titular meramente contractual, esto es, con una titularidad *in personam* protegida solo mediante una regla de responsabilidad, mientras que C tiene una titularidad *in rem* protegida mediante una regla de propiedad, y, por definición, dicha titularidad no puede ser alterada por un sujeto privado sin consentimiento del titular (MÉNDEZ, 2017-1:83). Congruentemente, y lo que es más relevante ahora, MÉNDEZ GONZÁLEZ considera que el conocimiento por parte de un segundo adquirente a título oneroso (C) de que el titular registral (A) ha dispuesto previamente a favor de alguien que no ha inscrito (B), no implica conocimiento por parte de C de inexactitud jurídico-real alguna del Registro porque si el poder de disposición y, por tanto, la titularidad *in rem* no se trasladan, tratándose de propiedad inscrita, al adquirente negocial en el momento de la *traditio* sino en de la inscripción, mientras el primer adquirente no inscriba es un acreedor, no un propietario o titular de un derecho real, por lo que el Registro de la Propiedad no estaría reflejando inexactitud jurídico real alguna si dicho primer adquirente contractual no inscribe (2017-1: 97; 2017-2: 604 y 606; 2018:21). En resumen, para este autor la buena fe del tercero hipotecario consiste en el desconocimiento de la inexactitud del Registro (art. 34-II LH), pero por «inexactitud» hay que entender inexactitud jurídico-real (MÉNDEZ, 2018: 15), por circunscribirse a las situaciones jurídico-reales el objeto propio del Registro de la Propiedad. Por consiguiente, el conocimiento de pactos meramente obligacionales —es decir, que C conozca que el tradens (A), que sigue siendo titular registral, había vendido el bien a un primer adquirente (B) que no inscribió— en nada afecta a la buena fe del segundo adquirente —C— (2017-1:98-99, 101; 2017-2: 604 y 606; 2018:15). El primer adquirente (B) que no inscribió, con su comportamiento omisivo dañino para el buen funcionamiento del mercado inmobiliario e hipotecario, asumió el riesgo de que inscribiera un adquirente posterior (C) y colaboró en la producción del daño que él mismo sufrió y cuyas consecuencias debe asumir (MÉNDEZ, 2017-1: 100; 2017-2: 605)[38] hasta el punto de que la opción de dicho primer adquirente (B) por no inscribir podría interpretarse legítimamente por un segundo adquirente (C) como que «B» prefiere —o no repudia— una

indemnización en vez de la conservación de su derecho *in natura*. Y, en consecuencia, «C» al haber decidido adquirir no estaría actuando de «mala fe» (MÉNDEZ, 2017-1:101; 2017-2:605; 2018:24). En resumen, el conocimiento por el segundo adquirente (C) de que el titular registral (A) había vendido el bien a un adquirente que no inscribió (B) no debería enervar la buena fe a su favor, pues no implica conocimiento de una situación jurídico-real distinta de la que el Registro de la Propiedad publica (MÉNDEZ, 2017-1: 101; 2018-15) salvo, por supuesto, cuando tal conocimiento de «C» lo sea de una situación jurídico-real que revela que «A» carecía de *ius disponendi* cuando adquirió negocialmente del mismo (MÉNDEZ, 2018-15)[39].

V. EL PROBLEMA DE LA BUENA FE EN EL USUCAPIENTE *CONTRA TABULAS* Y EN EL TERCERO DEL ARTÍCULO 36 LH. TEORÍAS

Con independencia de la vigencia o derogación del artículo 1949 del Código civil, ya analizado, ha debatido la doctrina si el usucapiente *contra tabulas* puede ser, en algún caso, de buena fe (y, por tanto, cabe la usucapión ordinaria *contra tabulas*) o, por contra, todo prescribiente contra los pronunciamientos del Registro es, por ese motivo, siempre de mala fe (y, por tanto, al exigir la usucapión ordinaria dicha buena fe, solo cabría la usucapión extraordinaria *contra tabulas*). Y, así, doctrinalmente se ha defendido que el artículo 1949 del Código civil está vigente pero que si se aceptara, a efectos meramente dialécticos, que está derogado no cabría, aun así, nunca un usucapiente de buena fe ni, por ende, una usucapión ordinaria *contra tabulas* (tesis de GARCÍA GARCÍA, 2002: 130, 136) o también se ha defendido que el artículo 1949 del Código civil está derogado pero que aun así es muy difícil —aunque no imposible— que exista un usucapiente de buena fe y, por tanto, una usucapión ordinaria *contra tabulas* (tesis de FENOY PICÓN, 2003: 3819); o, por último, se ha afirmado que el artículo 1949 del Código civil está derogado y es perfectamente posible que exista un usucapiente de buena fe y, por ende, una *usucapio ordinaria contra tabulas* (tesis de ROCA SASTRE). Y, asimismo, con relación al titular registral hay autores que consideran que el tercero del artículo 36 LH no puede ser casi nunca (SANZ FERNÁNDEZ) o nunca (BÉRGAMO LLABRÉS) de buena fe ni, por tanto, tercero hipotecario, mientras que otros estiman que el tercero del artículo 36 LH puede ser de buena fe y, por tanto, tercero hipotecario (ROCA SASTRE)[40].

Como hemos visto, debajo de la discusión relativa al problema de la buena fe en el usucapiente *contra tabulas* y en el titular registral subyace la pugna, a la que ya hemos hecho referencia, entre la concepción psicológica

de la buena fe y la concepción ética. La concepción psicológica entiende que el sujeto que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide (art. 433 CC) y cree que el *tradens* es dueño y puede trasmitir su dominio (art. 1950 CC), aunque ni siquiera haya acudido al Registro para confirmar sus creencias, actúa de buena fe que de este modo sería una creencia o una ignorancia y no pasaría «del nivel de las creencias o representaciones mentales del sujeto» (DÍEZ PICAZO, Prólogo a la obra de WIEACKER, 1977:14). La concepción ética es más exigente porque considera que quien obra en virtud de un error o de una situación de ignorancia no merece la tutela que el ordenamiento concede al poseedor de buena fe si no actuó con la diligencia normalmente exigible en esa situación dada debiendo investigarse si el error fue excusable (en cuyo caso sostendrán la buena fe) o no (en cuyo caso defenderán la mala fe) (DÍEZ PICAZO, 1977; 14). Por tanto, en orden a la buena fe del usucapiente *contra tabulas* cabe sostener:

1. El usucapiente *contra tabulas* no puede ser de buena fe

Con independencia del debate acerca de la derogación implícita del artículo 1949 del Código civil, sostiene una parte de la doctrina que es imposible según algunos, o altamente improbable según otros[41], que pueda existir un usucapiente de buena fe (requisito, no se olvide, exigido por la usucapión ordinaria) contra los pronunciamientos del Registro. Es la teoría defendida por DE PORCIOLES COLOMER, que fue Director General de los Registros y del Notariado entre 1943 y 1946 y miembro de la Comisión que redactó el Anteproyecto de la LH que sirvió de antecedente a la Ley de 30 de diciembre de 1944 sobre la reforma de la LH. Así, este autor señalará en su Conferencia pronunciada el día 5 de mayo de 1944 que el usucapiente *contra tabulas*:

> *«debe ser considerado de mala fe, a no ser que por la fecha de la última inscripción se haya podido llegar al convencimiento de que han existido otras transmisiones no inscritas, o de que se ha operado una usucapión anterior. En el Derecho actual no puede admitirse, bajo pena de dejar completamente inoperante el Registro, que la* iusta opinio quaesti domini *pueda adquirirse sin acudir a los libros del mismo» (PORCIOLES, 1945:174).*

Se adhiere expresamente a esta tesis AZPIAZU[42] y, aunque con argumentos criticables, VILLARES PICÓ[43].

Por último, y dentro de esta tendencia doctrinal de negar o limitar la usucapión ordinaria *contra tabulas* por ser imposible o improbable la buena

fe del prescribiente, entiende DE LA RICA que la buena fe es una cuestión de hecho sometido al prudente criterio de los Tribunales que la apreciarán o no caso por caso, empleando, a continuación, un interesante argumento de simetría al sostener que si para considerar al titular inscrito de buena fe y mantenerle en su adquisición se le exige una «buena fe pluscuamperfecta», esto es, que ignore el hecho posesorio ajeno y que no haya habido motivos suficientes o causas racionales para poder conocerlo, al usucapiente civil, cuyo título suele ser un documento privado, también debe exigírsele, al menos, «la diligencia de un buen padre de familia, o sea conocer el estado registral de la finca adquirida» y si lo ignora voluntariamente tampoco deberá ser reputado poseedor de buena fe (DE LA RICA, 1949: 557-558). Y ello porque, en otro caso, haríamos de peor condición al titular inscrito que a un usucapiente civil cuyo título suele ser un documento privado lo que, añade, sería inconcebible. Se hace eco de este argumento de simetría GARCÍA GARCÍA (2002: 132-133) entendiendo que es absurdo y supondría una desigualdad jurídica inadmisible que se exija al tercero hipotecario una diligencia en la buena fe, y, en cambio, no se exija la misma o mayor diligencia en la buena fe al usucapiente y añade un argumento más en contra de la buena fe del usucapiente *contra tabulas* porque, dice, supone un olvido o negligencia inadmisible la pasividad del usucapiente respecto de la institución registral, cuya finalidad es esa publicidad de titularidades frente al fenómeno nocivo de la clandestinidad inmobiliaria, pasividad aún más imperdonable que el desconocimiento por parte del tercero hipotecario de la existencia de una usucapión[44]. Y termina señalando este autor que las normas deben interpretarse de acuerdo a la realidad social del tiempo en que han de aplicarse (art. 3.1 CC) por lo que no cabe seguir interpretaciones de épocas en las que más del 60 por 100 de la propiedad inmueble no estaba registrada, cuando en los tiempos actuales puede afirmarse lo contrario ya que más del 80 por 100 de la propiedad inmueble está registrada (GARCÍA, 2002: 132-134).

2. El usucapiente *contra tabulas* puede ser de buena fe

Los principales representantes de esta teoría son SANZ FERNÁNDEZ y ROCA SASTRE que sostienen que la inscripción no impide la buena fe del usucapiente, porque para que exista mala fe es necesario el conocimiento efectivo de la titularidad ajena (teoría, pues, psicológica de la buena fe) y no basta con la posibilidad de adquirir ese conocimiento consultando el Registro de la Propiedad[45]. Veamos los argumentos que usan:

La tesis de DE PORCIOLES expuesta de que no cabe buena fe en el usucapiente *contra tabulas* fue criticada por SANZ FERNÁNDEZ (1947:

548 n. 55) porque, a juicio de este autor, aquella teoría se opone al concepto exclusivamente psicológico de la buena fe que cabe deducir de los artículos 433 y 1950 del Código civil y es incompatible con el carácter puramente declarativo de la inscripción de nuestro Derecho. Además, dicha teoría, olvida que para adquirir el dominio basta el contrato y la tradición; no admite la posibilidad de inexactitud registral y parte de una base falsa como es la de que el usucapiente no deriva su causa directa o indirectamente de algún titular registral, actual o anterior, cuando la experiencia demuestra que, casi siempre, es al contrario. Y, termina diciendo SANZ FERNÁNDEZ, que resulta extraño que DE PORCIOLES, tan profundo conocedor de la vida rural española, afirme que no cabe la buena fe del prescribiente *adversus tabulas* porque, dice SANZ, contemplada la cuestión desde un punto de vista práctico ¿podrá alguien afirmar que el aldeano gallego que compra por documento privado una finca inscrita sin acudir al Registro actúa, por ello, de mala fe? (SANZ, 1947: 548-549 n. 55). Es decir, entiende este autor que es perfectamente posible usucapir de buena fe *contra tabulas*[46].

También ROCA SASTRE entiende que es posible que el usucapiente sea de buena fe pues esta es, a su juicio, simplemente un estado psíquico intelectivo e incluso el usucapiente puede creer lealmente que el Registro está equivocado o es inexacto. Añade otros argumentos a favor de la *usucapio ordinaria contra tabulas* al afirmar que si el artículo 36 LH no distingue entre usucapión ordinaria y extraordinaria tampoco podemos nosotros distinguir (ROCA, 2008: 446) y al afirmar que, aunque el principio de publicidad impone *de lege* la cognoscibilidad del contenido del Registro, *«esta cognoscibilidad legal, no confirmada por la consulta material de los libros registrales, no sitúa al tercer adquirente por negocio jurídico en mala fe»* lo cual, con mayor razón, sucederá con el usucapiente (ROCA, 2008: 447). Concluye este autor que al usucapiente de buena fe solo puede exigírsele que crea o confíe en que su transferente es el *verus dominus* de la finca, pero no puede exigírsele que haya de cumplir con un supuesto deber de información, que la Ley no impone (ROCA, 2008: 447).

Asimismo, según GALLEGO DEL CAMPO (2004: *passim*) el usucapiente, para formar la creencia a que se refiere el artículo 1950 del Código civil, no está obligado a consultar el Registro. Y esto —señala— por dos razones: primero, porque el artículo 1.949 del Código civil —que dicho autor considera vigente— y la LH admiten que pueda iniciarse y consumarse la usucapión ordinaria frente a un titular inscrito lo cual implica necesariamente que el usucapiente que no ha consultado el Registro, puede tener buena fe y prescribir en forma ordinaria contra un título inscrito. Y segundo, porque en el sistema español la inscripción es voluntaria y el Registro no contiene un censo completo de titularidades dominicales. Por eso, no hay razón para exigir del prescribiente la consulta a un archivo u

organismo, que no suministra información cumplida sobre los extremos atinentes al caso.

Una vez analizadas las teorías doctrinales acerca de si cabe el usucapiente de buena fe *contra tabulas* puede analizarse el mismo fenómeno, pero desde otro punto de vista. Y así la pregunta no será ahora si puede existir un usucapiente de buena fe contra los pronunciamientos del Registro, sino si puede existir un tercer adquirente, frente al que se va a ejercitar la usucapión, de buena fe. Aquí también son posibles varias teorías:

3. El tercero del artículo 36 LH no puede ser casi nunca o nunca de buena fe ni, por tanto, tercero hipotecario

Alguna doctrina y jurisprudencia entiende que no cabe buena fe en el tercero del artículo 36 LH (lo que le privaría de la condición de tercero del art. 34 LH que exige dicho requisito y conduciría todo conflicto entre usucapiente y titular registral a una cuestión de derecho civil *ex* art. 36.III LH) porque el tercero adquirente incurre en *culpa lata* al desconocer que la finca era poseída por una persona que la había usucapido o estaba a punto de usucapirla.

En la doctrina SANZ FERNÁNDEZ señala que la usucapión consumada o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a su adquisición perjudicará al titular inscrito no solo en la hipótesis de mala fe del titular —conocimiento efectivo antes de perfeccionar la adquisición de la posesión de hecho de la finca y a título de dueño por persona distinta de su transmitente— sino también en los supuestos de *culpa lata* del titular que existirá cuando existan medios racionales para conocer la verdadera situación de la finca adquirida (lo cual será una cuestión de hecho que el juez debe resolver en cada caso) y cuando existan motivos suficientes para tener conocimiento de aquella situación considerando este autor que el *accipiens* siempre habrá tenido motivos suficientes para conocer la situación posesoria del inmueble por lo que normalmente perjudicará al tercero la usucapión (SANZ, 1947: 550-552)[47].

También BÉRGAMO LLABRÉS se adhiere expresamente a esta tesis, que denomina teoría realista de la usucapión *contra tabulas* frente a la que también denomina teoría registralista[48], con una defensa a ultranza del usucapiente personificada en la sugestiva figura del «tío Celedonio»[49]. Así, este autor señalará en defensa de dicho usucapiente *contra tabulas* los siguientes argumentos jurídicos: *Primero,* la naturaleza meramente declarativa de la inscripción que se limita a recoger una transferencia que se consumó fuera del Registro por aplicación de las normas del derecho civil de la teoría del título y modo. En consecuencia, dice este autor, en la pugna entre usuca-

piente *contra tabulas* y titular registral «este no puede invocar la inscripción como si fuera la *suprema ratio*, el argumento demoledor y decisivo capaz de inclinar la balanza a su favor» lo cual sería lógico en un sistema de inscripción constitutiva como el alemán, pero no en uno de inscripción declarativa como el español (BÉRGAMO 1946: 288). *En segundo lugar,* porque el principio de fe pública registral no protege al titular registral frente a las realidades físicas, elementos materiales o circunstancias de hecho «entre las cuales se encuentra la posesión material de la cosa por parte del usucapiente» (BÉRGAMO 1946: 289). *En tercer lugar,* porque el sistema español exige título y modo por lo que, al existir un usucapiente que estaba poseyendo, no pudo el *tradens*, de quien adquirió el inmueble el titular registral, llevar a cabo la *traditio* de una cosa que no poseía en realidad por lo que «si por no haber tradición no hubo adquisición efectiva, por no haber adquisición efectiva no pudo existir un tercero en favor del cual desarrollase su protección la *fides* pública» (BÉRGAMO 1946: 291). *En cuarto lugar,* porque el principio de fe pública registral exige buena fe del tercero hipotecario y, en los casos de usucapión *contra tabulas*, es evidente que la finca que el titular registral trata de transmitir a un tercero está poseída por el usucapiente, y a este tercero le tiene que entrar dicha evidencia material por los ojos, lo que impide la buena fe de este y, por ende, impide la protección de la fe pública del artículo 34 LH (BÉRGAMO 1946: 291). *Y, por último*, porque entre las causas de interrupción de la usucapión que prevé el Código civil en el artículo 1944, que deben interpretarse restrictivamente, no se encuentra «la disposición de su derecho aparente por el titular registral» (BÉRGAMO 1946: 295). Como consecuencia de todos estos argumentos BÉRGAMO LLABRÉS concluye que: «en todo supuesto de usucapión *contra tabulas* el titular del dominio o derechos reales que lleven implícita la posesión de la cosa, no tiene ni puede tener la consideración de tercero protegido» (BÉRGAMO 1946: 290) y que el artículo 36 LH equipara el conocimiento efectivo por el titular registral al «conocimiento presunto» al hablar de «medios racionales y motivos suficientes» debiendo entender que incurre normalmente en *culpa lata* (que no es la corrección media del *diligens pater familias*, sino la minuciosa solicitud de un hombre extremadamente celoso) quien adquiere una finca sin examinar previamente su estado físico, fiscal y jurídico (BÉRGAMO 1946: 304).

Otro de los autores que han exigido un deber especial de diligencia en el tercero es el catedrático GORDILLO CAÑAS defendiendo una concepción ética de la buena fe frente a la concepción psicológica (GORDILLO, 2006-1: 2367-2372). Así, señalará que la buena fe consiste en la confianza del tercero en la exactitud de la inscripción o negativamente expresado en el desconocimiento de su inexactitud (y referida a la adquisición la buena fe consiste en un error acerca de la titularidad y facultad dispositiva del tradente: el tercero

adquirente cree que quien le transmite es dueño y puede disponer), pero en tanto que buena fe subjetiva y para no hacer del Registro de la Propiedad un *asylum ignorantiae*[50] habrá de integrar en sí misma un cierto ingrediente ético o elemento de excusabilidad por el cual estará excluida dicha buena fe no solo por el efectivo conocimiento de los datos que recorten o impidan al titular inscrito el lícito ejercicio de su facultad dispositiva, sino también por la duda razonable acerca de su titularidad efectiva. Y sigue diciendo: «verdadero *asylum ignorantiae*, inmerecido refugio del *homo insipiens* sería el Registro» (GORDILLO, 2006-1: 2371)[51] si la buena fe subjetiva exigida fuera un simple error subjetivo y no se exigiera cierto elemento de excusabilidad que haga justificable, y al menos éticamente disculpable, el error subjetivo, por lo que la buena fe no es solo una situación psicológica de error, una buena fe exclusivamente psicológica, sino una buena fe ética que debe incluir, para que el tercero pueda lucrarse de los efectos de la fe pública registral, el dato de la diligencia (GORDILLO, 2006-1.: 2372). Y es que, en el fondo, una buena fe sin diligencia, afirma dicho autor, tiene más de censurable ignorancia que de buena fe protegible[52].

El problema es, por tanto, admitida la necesidad de la diligencia del tercero como requisito de la buena fe, saber si debe exigirse al tercero una extremada diligencia o la diligencia de cualquier ciudadano corriente; si debe realizar investigaciones extratabulares o la simple consulta al Registro satisface las exigencias éticas de la diligencia exigible. En el fondo, determinar ¿cuál es el *quantum* de diligencia exigible? Y sobre ello, opina GORDILLO, que la diligencia exigible al tercero requiere la consulta al Registro, pero dicha consulta puede no ser suficiente porque la buena fe, en su componente de diligencia, puede exigir otras investigaciones ulteriores a la elemental y primaria de aquella consulta (GORDILLO, 2006-2: 609). Y puede no ser suficiente porque, aun con dicha consulta, perjudicarán a tercero los derechos reales patentes cuya existencia «*hiere»* los sentidos (GORDILLO, 2006-2: 610). De esta oponibilidad de los derechos reales patentes, sin necesidad de inscripción, deduce «el deber de inspección de la finca que la normal diligencia impone a todo adquirente razonablemente precavido y prudente» (2006-2 :611). Y, afirma, que la posesión en concepto de dueño es uno de esos hechos que necesariamente tiene que *«herir los sentidos»* por lo que actuaría imprudentemente el tercero que, confiado ciegamente en el Registro, pretendiera adquirir despreocupándose de dicha posesión cuya existencia hiere los sentidos (GORDILLO, 2006-2: 611). Además, a la vista del componente ético de la buena fe y lo que ello implica de proceder honrado y leal, considera este autor que no actúa honrada y diligentemente el tercero del artículo 36 LH que, desoyendo el mensaje de esos indicios o motivos suficientes a los que alude el artículo, sin intento alguno de verificación y contraste, se lanza a adquirir no ignorando la lesión que eventual-

mente podría irrogar al derecho ajeno (GORDILLO, 2006-2: 612). En todo caso, concluye, la apreciación de la diligencia del tercero adquirente y de la buena fe es una tarea cuya solución ha de confiarse al prudente juicio del aplicador del Derecho quien debe aguzar la prudencia (*jurisprudentia*) en su apreciación *super casum* (GORDILLO, 2006-2: 612-613)[53].

Por último, considera GORDILLO CAÑAS, que la duda impide la buena fe y ello «porque es indeclinable condición del honesto actuar la superación de la duda» (GORDILLO, 2006-2: 614-615)[54]. Ahora bien, esto, concluye este autor, exige una matización porque no todo atisbo o asomo de duda, sino solo la duda razonable y fundada y siempre que dicha duda pueda ser superada con el empleo de los medios al alcance de la normal diligencia, impide la buena fe (GORDILLO, 2006-2: 615-616)[55].

4. El tercero del artículo 36 LH puede ser de buena fe y, por tanto, tercero hipotecario

Frente la teoría realista, señala ROCA SASTRE que no cabe afirmar que siempre existirán motivos suficientes porque de ser así «el artículo 36 sería en este punto una perfecta burla para el tercer adquirente» (ROCA, 2008: 455). Además, sigue señalando este autor, el artículo 36 LH exige para que el usucapiente prevalezca sobre el tercero hipotecario que se «*demuestre»* que el adquirente tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer y «mal se puede exigir la demostración de algo que siempre exista» (ROCA, 2008: 455). Por ello, afirma tajantemente ROCA-SASTRE que lo que ha querido decir el artículo 36 LH: «es que se demuestre que la concreta adquisición del tercero se ha producido en circunstancias tales que permitan afirmar que el mismo contó con medios o elementos racionalmente bastantes o que tuvo motivos o razones suficientes para poder conocer, saber o enterarse de que la finca o derecho estaba poseído en concepto de dueño por otra persona» (ROCA, 2008: 455-456)[56]. Además, señala este autor, que «si se está conforme que se trata de un supuesto de culpa lata no es lícito traer a colación aquí ni el tipo de diligencia de un buen padre de familia, ni el tipo de diligencia de un hombre extremadamente celoso de sus negocios, sino la negligencia crasa e inexcusable propia de un hombre abandonado y aplicada precisamente a la circunstancia de poseer «a título de dueño», que no es cosa tan fácil de discriminar, teniendo en cuenta que no se puede exigir al adquirente un examen a fondo de la situación jurídica de la cosa adquirida, pues para ello ya cuenta dicho *accipiens* con el Registro (ROCA, 2008: 456)[57].

En opinión de GARCÍA GARCÍA, tiene razón ROCA SASTRE, de modo que la expresión legal «medios racionales y motivos suficientes» que

emplea el artículo 36 a. LH «más que una situación impeditiva en todo caso de la buena fe del tercer adquirente (como defienden los partidarios de la tesis realista), viene a ser un límite y un intento de concreción de la expresión haber «podido conocer» a que se refiere el propio artículo 36. b. LH (GARCÍA GARCÍA, 2002: 139) evitando, de ese modo, el legislador una posible interpretación desmesurada de esa diligencia o «poder conocer». Así, dicha expresión legal «es una limitación en la interpretación de la diligencia del tercero, y no una ampliación en la exigencia de una mayor diligencia al mismo, de modo que es como si el legislador añadiera al requisito de «poder conocer», que esa posibilidad de conocimiento ha de ser racional y razonable. En definitiva, es la diligencia normal de cualquier persona corriente» (GARCÍA GARCÍA, 2002: 139)[58]. Y propone, a continuación, un argumento de proximidad para interpretar la expresión legal «medios racionales y motivos suficientes» considerando que a mayor proximidad del tercero a la finca al adquirirla mayores posibilidades para que este haya tenido dichos medios y motivos que si la adquisición se produce por personas ajenas al ámbito o entorno de situación del inmueble (GARCÍA GARCÍA, 2002: 140)[59].

En parecido sentido de exigir solo una diligencia corriente y racional en un adquirente de tipo medio señalaba LACRUZ BERDEJO que, además de que no basta conocer la posesión de otro sino que es preciso también saber el título, en cuanto a la expresión «tener medios racionales y motivos suficientes para conocerla» claramente indica que no hay un deber estricto de inspeccionar el inmueble, ni menos de emplear medios extraordinarios para cerciorarse de su situación posesoria, y que bastará observar, si no hay sospechas de una situación anormal, una conducta que pueda ser considerada como corriente y racional en un adquirente de tipo medio. Lo contrario sería una rémora para el tráfico» (LACRUZ, 2011: 268).

5. La posición de nuestra jurisprudencia sobre la buena fe del tercero del artículo 36 LH

En primer lugar y con carácter previo hay que destacar que para que pueda acreditarse una adquisición por usucapión ha de existir una resolución judicial al respecto (RDGRN de 3 de diciembre de 2015), siendo necesario que la declaración de existencia de usucapión fuera el objeto principal del litigio, sin que sea admisible que la resolución judicial haga, sobre este asunto, una simple alusión incidental (RDGRN de 8 de septiembre de 2016). Asimismo, según reiteradísima doctrina de la DGRN la buena o mala fe del adquirente de un bien inmueble es una circunstancia no apreciable ni

por el registrador ni en vía de recurso gubernativo[60] sino que su existencia, o no, es una cuestión de hecho, reservada al órgano jurisdiccional[61].

Por último, conviene señalar que el Tribunal Supremo ha sostenido en Sentencia de 4 de marzo de 1988, si bien no referido a un supuesto de usucapión sino de fe pública registral, que el tercero hipotecario no precisa del requisito de una previa investigación a ultranza de las vicisitudes extrarregistrales por las que atraviesa o ha atravesado la finca comprada porque, de exigirse dicho requisito, el Registro de la Propiedad «no tendría más valor que el de una mera oficina informativa sin alcances vinculatorios en el orden de las transmisiones de titularidad»[62] señalando la STS de 18 de febrero de 2005 que «la buena fe del artículo 34 LH comprende no solo el desconocimiento de la inexactitud registral sino también que no haya podido conocerse la situación real desplegando una mínima diligencia, sin que sea preciso desarrollar una especial labor investigadora, ni tabular ni extratabular»[63]. Por ello, como señala la STS de 26 de enero de 2000, «la buena fe registral que debe exigirse al titular inscrito es lisa y llanamente una buena fe de tráfico, una falta de intención dolosa, una carencia de ánimo fraudulento».

Como consecuencia de no exigir al tercero una investigación a ultranza de las vicisitudes extrarregistrales en numerosas ocasiones la jurisprudencia aprecia la existencia de un tercero hipotecario cualificado del artículo 36 LH frente al cual no prevalece la usucapión *contra tabulas*[64] si bien hay que reconocer que, en muchos casos, el usucapiente no reunía los requisitos (de buena fe, justo título, validez del título, posesión en concepto de dueño, etc.) para usucapir en forma abreviada. Pero, en otras ocasiones igualmente numerosas, el Tribunal Supremo deduce con facilidad que el *accipiens* pudo conocer que la finca era poseída por persona distinta del *tradens* (SANCIÑENA, 2009: 286) señalando la doctrina que son más frecuentes los casos en los que nuestro Tribunal Supremo admite la usucapión *contra tabulas*[65] que aquellos en los que el tercero hipotecario prevalece sobre el usucapiente (ÁLVAREZ, 1986: 142).

6. El usucapiente *contra tabulas* no goza de justo título y, por tanto, no podrá usucapir abreviadamente

Aunque llegáramos a aceptar, a efectos meramente dialécticos, que está derogado el artículo 1949 del Código civil y llegáramos a aceptar que cabe un usucapiente *contra tabulas* de buena fe se ha señalado por GARCÍA GARCÍA que, aun así, no cabría la usucapión ordinaria *contra tabulas* porque el usucapiente *contra tabulas* carece de justo título por dos motivos: primero, porque si en la usucapión *secundum tabulas* del artículo 35 LH la

inscripción equivale al justo título por analogía no parece que el título del usucapiente *contra tabulas* del artículo 36 LH pueda ser considerado justo título mientras subsista dicha inscripción que opera en beneficio del titular registral frente al usucapiente. Y segundo, porque si el artículo 36.III LH señala que en las relaciones entre usucapiente y el simple dueño que no es tercero hipotecario se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil cabe interpretar, *a contrario sensu*, que en las relaciones entre usucapiente y tercero hipotecario se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación hipotecaria, es decir, configurando como justo título la inscripción y no el título del usucapiente (GARCÍA GARCÍA, 2002: 134)[66].

ALBALADEJO GARCÍA (2005: 238) se adhiere recientemente de manera expresa a la tesis de GARCÍA GARCÍA y sostiene que no cabe usucapión ordinaria *contra tabulas* por los siguientes argumentos*:* porque el usucapiente carecerá de título ya que este por aplicación analógica del artículo 35 LH, ya señalada por GARCÍA GARCÍA, ya lo ostenta el titular inscrito y es la inscripción (ALBALADEJO, 2005: 240); porque el usucapiente carecerá siempre de buena fe ya que no es posible admitir que esté de buena fe un usucapiente que usucape contra lo que dice el Registro y porque se opone a la usucapión ordinaria *contra tabulas* la explicita letra del artículo 1949 del Código civil «*que para nada está derogado»* (ALBALADEJO, 2005: 241). Triada argumental que considera definitiva.

El problema que plantea este argumento utilizado por GARCÍA GARCÍA y ALBALADEJO GARCÍA es que se funda en la tesis de la equiparación (el art. 35 LH contiene una afirmación legal de que la inscripción es y equivale a justo título), pero no debemos desconocer que las recientes SSTS de 15 de enero de 2013 y la STS de 11 de julio de 2012 parecen haberse inclinado no por dicha tesis de la equiparación sino por la teoría de la presunción (el artículo 35 LH contiene una presunción *iuris tantum* por lo que la inscripción se presume *iuris tantum* como justo título) ya que después de señalar dichas resoluciones que la inscripción en el Registro opera un «reconocimiento posesorio» que permite acceder a su titular ya a una tutela interdictal, bien a la posesión hábil para usucapir (art 35 LH) y, en definitiva, a una situación de legitimación en virtud de la apariencia jurídica (art. 38 LH) puntualiza que «la protección dispensada en virtud de dicho reconocimiento posesorio queda establecida, conforme a la usucapión *secundum tabulas*, mediante una presunción iuris tantum»; de suerte que debe de haberse producido fuera del Registro, aunque resulte presumida por la inscripción. La inscripción, por tanto, sirve de refuerzo de una posible usucapión extrarregistral, pero de ninguna forma suple o convalida la ausencia o los vicios que puedan presentarse en la configuración de los presupuestos objetivos de la usucapión».

7. Toma de postura

Considero que el artículo 1949 del Código civil ha sido derogado y, por ende, tanto la postura que sostiene, para negar la usucapión ordinaria *contra tabulas*, su vigencia como la postura que, en base a dicha vigencia, exige la previa inscripción del título del usucapiente han quedado sin fundamento. Así lo exigen no solo el argumento de que en el artículo 36 LH no distingue entre usucapión ordinaria y extraordinaria por lo que es aplicable a ambas sino principalmente el argumento de que la incompatibilidad de regulaciones entre 1949 del Código civil y 36 LH y que aquel estaba pensado para la anterior regulación de la *usucapio contra tabulas* contenido en el artículo 35 LH de 1869 y 1909 (que establecían que no perjudicaría a tercero la usucapión ordinaria si el justo título no se hallaba inscrito principiando a correr la usucapión desde la inscripción). Pero, dicho esto, entiendo que es prácticamente imposible que, salvo supuestos patológicos de doble inmatriculación, el usucapiente *contra tabulas* tenga buena fe porque debe exigírsele, como al tercero pluscuamperfecto, idéntica diligencia que a este. Si el tercero debió consultar el Registro y además, según un sector doctrinal que no comparto, inspeccionar la finca e indagar la situación fiscal y administrativa del inmueble, al usucapiente debe, al menos, exigírsele que consulte el Registro; debe exigírsele una buena fe ética; una diligencia básica que haga, en su caso, excusable el error. Y dicha diligencia básica es que haya consultado el Registro porque si no lo hace, en una sociedad avanzada como es la española del S. XXI actúa con negligencia, convierte el error en inexcusable y recuerda al diálogo del Quijote en el que Sancho prefería cerrar los ojos y no buscar al dueño para no perder la buena fe[67]. Diálogo y principio aplicable al tercero, pero también, y no en menor medida, al usucapiente.

Y siempre, salvo los casos de doble inmatriculación, el prescribiente hubiera podido conocer y desde luego tenía medios y motivos para ello que la finca estaba inscrita a favor del titular registral. Pudo consultar que el bien inmueble que poseía (y que debiera haber inscrito) estaba inscrito en el organismo oficial de publicidad inmobiliaria, es decir en el Registro de la Propiedad, a nombre de un tercero y si no lo hizo no actuó con la diligencia «básica» de que habla nuestra reciente jurisprudencia ni con la diligencia de un buen padre de familia ni mucho menos con una diligencia especialmente cualificada que debería, en rigor, exigírsele para afectar a un tercero hipotecario. Si cabe hablar de un tercero pluscuamperfecto debe poderse hablar de un usucapiente pluscuamperfecto porque, como nos ha enseñado la doctrina, sería inconcebible hacer de peor condición al titular inscrito que a un usucapiente civil cuyo título suele ser un documento privado[68] y sería inconcebible que la LH exija una buena fe más intensa al tercero diligente que inscribió en el Registro frente al usucapiente clandestino; el Registro y

la LH no va a dar más protección y mejor trato al «*tío usurpador*» del que hablara GARCÍA GARCÍA que al tercero hipotecario[69].

En todo caso, en la lucha entre el usucapiente y el tercero registral la solución jurídica es, o debería ser, distinta según nos situemos en 1940 o en 2020. Y ello porque las normas, y entre ellas el artículo 36 LH, debe interpretarse según la realidad social del tiempo en que han de aplicarse (art. 3 CC). Y la realidad social es radicalmente distinta en 1940 o en 2020. En la sociedad agraria de mediados de los 40 es lógico que se tratara de amparar al «*tío Celedonio*»[70] porque la mayoría del campo estaba sin inscribir y el agricultor, muchas veces, carecía de cualquier conocimiento jurídico, pero en la sociedad del S. XXI donde la práctica totalidad de la propiedad inmobiliaria en España se encuentra inmatriculada ese Tío Celedonio ya no existe[71] no solo porque todos los agricultores actuales, con perfectos conocimientos de la transcendencia del Registro, van a consultar e inscribir sus derechos sino también porque el que no lo hace en la mayoría de los casos, y excepción hecha de supuestos patológicos de dobles inmatriculaciones, es un «*tío usurpador*» que no ha querido ni consultar ni inscribir su dominio en el organismo que el Estado reserva para la publicidad inmobiliaria: el Registro de la Propiedad; y es una persona cuya motivación, en muchos casos, es defraudar impuestos[72]. Y no olvidemos que el artículo 3 del Código civil exige interpretar las normas, entre otros parámetros, de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.

Por eso, a mediados de la década de los años cuarenta del siglo pasado tenía algún sentido la crítica que hacía SANZ FERNÁNDEZ a la tesis de DE PORCIOLES de que no cabía usucapiente *contra tabulas* de buena fe. Y así, en 1947, decía SANZ FERNÁNDEZ (1947: 548 n. 55) que: *«era extraño que PORCIOLES, tan profundo conocedor de la vida rural española siente tan grave afirmación. El aldeano gallego que compra por documento privado una finca inscrita sin acudir al Registro, ¿podrá alguien afirmar que por ello actúa de mala fe?»*. Pues bien, a mi entender la respuesta en la década de los años cuarenta del siglo XX —con una sociedad agraria, un Registro que no comprendía ni la mitad de las propiedades inscribibles y un bajo nivel cultural en el agro— no puede ser la misma que ahora y debemos afirmar que entonces probablemente ese aldeano gallego no adquiría de mala fe; hoy, con casi total probabilidad, sí.

Y no parece que sirva como argumento que «normalmente el adquirente según el Registro, procederá de mala fe, pues es difícil que poniendo en sus asuntos no ya una exagerada diligencia sino la normal de un buen padre de familia no se entere de que la finca está poseída por otro» (SANZ, 1947: 538) porque ya no solo es factible en la sociedad actual —quizá menos hace 60 años— que el adquirente según el Registro compre sin ni siquiera ver la finca[73] sino que es perfectamente posible que aunque el adquirente conozca

que hay alguien poseyendo la finca no sepa que se trata de una *possesio ad usucapionem* en concepto de dueño.

En definitiva, si la función y finalidad económica del Registro es posibilitar que la riqueza inmueble de un individuo, de una familia, y, por extensión, de una nación, pueda servir de garantía a la gran palanca de toda economía moderna: el crédito, proporcionar seguridad jurídica reduciendo costes de información y transacción (MÉNDEZ, 1998:119-120; 2017-1: 66), y constituir un catalizador esencial de la actividad económica, pues estimula la inversión, facilita el comercio y abarata el crédito (ARRUÑADA: 2014)[74] es obvio que dichas funciones económicas del Registro se frustrarían si se permitiera la existencia de ese «diablo suelto fuera del Registro» (NÚÑEZ LAGOS, 1945: 7) que implica el usucapiente *contra tabulas* quien prefiere prescindir y preterir en su actuación, en su posesión extratabular, al organismo oficial de publicidad inmobiliaria, el Registro de la Propiedad, actuando de espaldas a él como si dicho organismo no existiera, pero luego reclamando el amparo jurisdiccional de su clandestina actuación cuando le conviene. Y dicho usucapiente *contra tabulas* también supone una quiebra y un debilitamiento de la economía de mercado y de las funciones irremplazables que ofrece la fe pública registral, al menos en el sentido amplio de dicho término que emplea MÉNDEZ GONZÁLEZ, dentro de nuestro sistema de transmisión inmobiliaria[75]. Tampoco, por último, podemos olvidar que dicho prescribiente *adversus tabulas*, al poder prevalecer en ciertos casos previstos en el artículo 36 LH frente al titular inscrito (prevalece, desde luego, en caso de usucapión extraordinaria), aumenta las incertidumbres para adquirentes, propietarios y acreedores en el mercado inmobiliario y en esa misma medida, encarece la contratación y el crédito hipotecario (MÉNDEZ, 2017-1:66). Con todos esos inconvenientes no es razonable que el ordenamiento abrevie, encima, sus plazos permitiéndole una usucapión corta (ordinaria) *contra tabulas*.

Ello nos lleva a una crítica de la concepción romántica del usucapiente que subyace, en muchos casos, en la defensa del usucapiente *contra tabulas*. En efecto, a veces debajo de la defensa a ultranza de dicho usucapiente encontramos principios e ideas incompatibles con el derecho de propiedad (al menos en su actual configuración constitucional) y, otras muchas, consideraciones ajenas completamente al ámbito jurídico. Así, en ocasiones, se hace referencia a una concepción romántica, y extrajurídica de la usucapión aludiendo a «la misteriosa fuerza de la tierra no puede ser desconocida por el Registro» (ÁLVAREZ, 2010: 88) o del usucapiente al señalar que «el poseedor inveterado trabajador honrado de la tierra, no puede ser privado de la misma por un título artificial, creado desde un derecho emanado por el poder, y plasmado en el Registro de la Propiedad» (ÁLVAREZ, 2010: 88). Otras veces, se alude, como hacía BÉRGAMO LLABRÉS, a un supuesto

—y ya inexistente— «tío Celedonio —tipo de *homo bonus et diligens*, colilla en los labios y garrote en la mano— (que) es un técnico en sequias y cosechas pero desconoce las excelsitudes de la posesión tabular» (BÉRGAMO, 1946: 287) y que «confiado en la razón de su trabajo, en la santidad del legado de sus mayores y en los dictados de la opinión pública, no se preocupa de iniciarse en los secretos de una *ars hypothecaria* que por insondable, le infunde recelos. Se siente labrador, no personaje de un drama jurídico. Se siente usucapiente, no *prescribens contra tabulas*» (BÉRGAMO, 1946: 287). O se afirma, idealizando al usucapiente o al adquirente en documento privado, que el labrador «que posee y cultiva sus tierras, pero olvida su inscripción, es diligente en lo sustancial, aunque neglija lo formal», mientras que el tercer hipotecario que «no se preocupó de examinar la finca, ni se interesó de su estado posesorio, será muy diligente en lo formal, pero habrá descuidado lo sustancial» (VALLET, 1973: 335). O, finalmente, en otras ocasiones, se recurre a viejas ideas que, al menos en España, carecen de respaldo constitucional como que la propiedad inmobiliaria es para el que la trabaja (GONZALES, 2012: 4, 5 y 8) o a criterios morales extrajurídicos (GONZALES, 2012: 14-15)[76] o a dudosos criterios de mantenimiento del orden social (GONZALES, 2012: 3)[77]. En fin, se rodea de un halo romántico y sentimental a un usucapiente a quien se dibuja con unos rasgos mitificados. Y, frente a ello, se opone el frío Registro o se dibuja al tercero como un listillo que pretende arrebatar al pobre agricultor la tierra sobre la que suda y padece. Y se advierte, amenazadoramente, que en un mundo sin usucapión «los disturbios y revoluciones se vuelven cosa común con grave peligro para la estabilidad» (GONZALES, 2012: 3).

En todos estos casos, parece pensarse siempre en un usucapiente idealizado de finca rústica. En un pobre labrador que trabaja la tierra y se ve privado de ella por un *«listillo»* que conocía su existencia, pero también conocía el Registro y los insondables secretos del *ars hypothecaria*. Pero ese no es el perfil que muestra mayoritariamente nuestra jurisprudencia ni la realidad social del S. XXI. Al menos en España. El perfil que se transluce es otro: es el de alguien que, perfecto conocedor de la institución registral y de su alcance, prefiere no consultar el Registro no sea que, como en el caso de Sancho Panza, descubra que la finca pertenece a otro y pierda su buena fe[78]; es alguien que normalmente, y por razones —en muchos casos— de evasión fiscal, adquiere en clara contravención del artículo 1280 del Código civil un bien inmueble en documento privado (no olvidemos que la usucapión ordinaria exige justo título) precisamente porque conoce la obligación de los notarios de remisión periódica de documentos de compraventa a las autoridades fiscales. Es alguien que decide vivir al margen de las instituciones oficiales, del Registro de la Propiedad, no contribuir a las cargas fiscales, pero luego cuando vienen los problemas reclama la tutela de las instituciones

oficiales que deliberadamente evitó. Es el *«tío usurpador»* del que hablaba GARCÍA GARCÍA y no el *«Tío Celedonio»* que murió con el desarrollo social y económico de España de la segunda mitad del S. XX. Bien está que si reúne los requisitos de la usucapión extraordinaria dicho usucapiente pueda merecer, en aras de la seguridad jurídica, la tutela del ordenamiento, pero lo que no es admisible es que dicho ordenamiento abrevie los plazos de quien quiso vivir al margen del mismo con perjuicio de un tercero que, este sí, confió en una institución oficial, abonó sus impuestos y cumplió escrupulosamente con las obligaciones legales.

Por tanto, frente la visión romántica del usucapiente hemos de contraponer la seguridad jurídica que solo proporciona el Registro. Y reivindicar la figura del tercero siempre, claro está, que este contrate de buena fe. Y es que obviamente al tercero hipotecario ha de exigírsele, igualmente, el requisito de la buena fe, requisito que no un «hongo adventicio y extrañamente adherido a su figura» (GORDILLO, 2006-1: 2353)[79], sino un requisito inexcusable de la protección del tercero hipotecario que se funda en el carácter ético del Derecho y en la naturaleza de la publicidad registral porque la inscripción, que materializa y concreta dicha publicidad, no suplanta a la realidad sino que tiende a publicarla y porque el Derecho no puede amparar quien a sabiendas atropella el derecho ajeno (GORDILLO, 2006-1: 2352)[80]. *«El titular registral* —decía DE LA RICA (1949: 541)— *no necesita ser un espíritu seráfico; pero ello no quiere decir que deba concederse la protección del sistema a pícaros y truhanes cuando, intenten trucos de prestidigitación documental para beneficiarse, como honestos diablos, de la fe del Registro»*. Por tanto, no se defiende la protección ilimitada del tercero por lo que la discusión reside en cuándo se entiende cumplida dicha buena fe; y adhiriéndonos a la doctrina representada por GARCÍA GARCÍA o ROCA SASTRE entendemos que la buena fe que consiste en el desconocimiento de la inexactitud registral se cumple por el tercero adquirente con la simple consulta al Registro y, añadimos, acogiendo la precisión de GORDILLO CAÑAS y de la escuela española del Derecho Natural representada por DOMINGO SOTO, que es necesaria la ausencia de sospechas o dudas porque si estas son razonables (*«no con un ligero escrúpulo sino con una creencia probable»)* y aclararlas no conlleva medios exorbitantes, no hacerlo elimina la buena fe. Y así, frente a la crítica de quienes afirman que la sola consulta del tercero no es suficiente debemos oponer que parecen pensar en un adquirente, persona física, que vive próxima a la finca (una) que desea adquirir y que, por tanto, no puede desconocer una posesión en concepto de dueño que, diría GORDILLO CAÑAS, *«hiere a los sentidos»*; parecen pensar en el adquirente tipo del S. XIX y si se me apura del S. XX[81]. Pero es que junto a ese adquirente hay en una economía de mercado actualmente otros: el de un gran Fondo de Inversión Inmobiliario u otro inversionista

que exige para sus inversiones seguridad jurídica y entiende legítimamente que la misma la proporciona la institución oficial encargada de la publicidad del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, inversionista que adquiere decenas de inmuebles y no puede estar inspeccionando cada uno porque para conocer su situación ya entiende que está el Registro[82]; el de quien desea realizar una inversión en España y residiendo en el extranjero pide por Internet una nota simple o solicita una certificación y solo acude a la notaría para escriturar; el de quien, en el ejemplo de ROCA-SASTRE (2008: 456), desea especular rápidamente al calor de una inminente subida de precios de un inmueble que se encuentra a lo mejor en el otro extremo de España y que no desea ocupar sino revender[83]. Y que no se diga que el derecho no puede proteger la especulación porque mientras no sea delictiva (maquinaciones para alterar precios, etc.) no solo es legítima, sino que es la base del mercado bursátil y del sistema capitalista. Todos estos adquirentes, todas estas adquisiciones se verían enormemente dificultadas (con lo que ello supone de inseguridad jurídica y desincentivación de la inversión) si estos nuevos adquirentes tuvieran que amoldarse a cánones pensados para compradores que viven cerca de la finca y pueden conocer el estado posesorio de la finca; se verían dificultadas si la simple consulta al Registro no fuera suficiente para resultar amparado por este porque, a lo peor, hay lo que NÚÑEZ LAGOS (1945: 7) llamaría un «*diablo suelto fuera del Registro*», un usucapiente *contra tabulas*. Y es que, como ya señaló MÉNDEZ, la exigencia de comprobación *in situ* del inmueble o de averiguación de su situación posesoria de la finca es coherente con una economía agraria de mercados muy reducidos donde las transacciones tienen lugar entre amigos y conocidos (2017-1: 115-116; 2017-2: 609), pero no tiene sentido en una economía de mercado caracterizada por la alta frecuencia contractual que además tiene lugar entre desconocidos —contratación impersonal.

Con la postura que se adopta en este artículo no se vulnera la función social de la propiedad porque si la tierra y en general la propiedad inmobiliaria no cumple, por la razón que sea, dicha función social a la que constitucionalmente está ordenada ya dispone el derecho de medios suficientes, incluida la expropiación, para corregirlo, pero tratar de solventar dicho problema generando otro de inseguridad jurídica y desincentivación de inversiones aun mayor no es razonable.

Señalaba, acertadamente, GALLEGO DEL CAMPO que el arraigo progresivo del Registro en la conciencia jurídica del país y el ingreso masivo de la propiedad inmueble en él, así como la generalización de la consulta a los libros registrales en la fase previa a la formalización de los negocios inmobiliarios, podrían favorecer en el futuro una tendencia jurisprudencial que exija al usucapiente, para entender cumplido el requisito de la buena fe, el examen del Registro porque dicha buena fe «como principio general

de orientación ética, exige el comportamiento «adecuado conforme a la diligencia socialmente exigible», «el proceder honesto, esmerado, diligente» que corresponde al arquetipo de conducta social» (GALLEGO, 2004: 2696). Pues bien, entendemos que ese día ya ha llegado: que el pacto transaccional sobre el que se asienta la regulación del artículo 36 LH tenía probablemente completo sentido en la España rural de la posguerra, pero no en la España actual[84]; que la institución registral está en el S. XXI hondamente arraigada en la sociedad española y que la propiedad inmobiliaria está mayoritariamente inmatriculada en los libros fundiarios[85].

Por otro lado, prácticamente siempre que se da un usucapiente ordinario *contra tabulas,* que precisa título y buena fe*,* se trata de un adquirente en documento privado. Y así quien incumplió la carga (no el deber, pero sí la carga) del artículo 1280 del Código civil al otorgar una transmisión de bien inmueble en documento privado; quien quiso vivir al margen del doble sistema de seguridad preventiva inmobiliaria, acaso el más perfecto que existe, del que disfrutamos en España, no puede pedir, encima, el auxilio del ordenamiento jurídico en contra de la figura de máxima protección de nuestro derecho hipotecario: el tercero hipotecario. Asumió, el usucapiente, los riesgos de vivir al margen del Registro, en la mayoría de los casos para no contribuir, como era su deber constitucional, a sus obligaciones tributarias y eso, a estas alturas de la historia (quizá no en 1944 pero desde luego hoy sí), es actuar sin la mínima buena fe, sin la mínima diligencia exigible. Y, desde luego, no merece la protección del ordenamiento el cual, frente a quien quiso vivir extratabularmente, debe preferir la defensa del principio de seguridad jurídica inmobiliaria, expresión del principio de seguridad jurídica que el artículo 9 CE ampara, que solo garantiza el Registro. El usucapiente vivió peligrosamente *extra tabulas* y asumió dicho riesgo. Y perdió[86].

En resumen, por supuesto que cabe la usucapión extraordinaria *contra tabulas*. En cuanto a la usucapión ordinaria entiendo que no cabe porque, en el S. XXI quien adquiere un bien inmueble sin otorgar escritura pública y/o sin consultar el Registro de la Propiedad o sin inscribir su titulación no actúa de buena fe ni con la mínima diligencia exigible. *A fortiori*, no cabría dicha usucapión ordinaria *contra tabulas* porque el prescribiente siempre carecerá de justo título ya que este, por aplicación analógica del artículo 35 LH y adhiriéndonos a la tesis de la equiparación, ya lo ostenta, como señalan GARCÍA GARCÍA y ALBALADEJO, el titular inscrito y es la inscripción.

En todo caso, para concluir, la técnica jurídica del artículo 36 LH es manifiestamente mejorable a pesar de que no han faltado autores que lo elogian[87]. Y es mejorable no solo para aclarar la oscuridad de las expresiones *«medios racionales y motivos suficientes»;* no solo para clarificar si realmente la buena fe del tercero del artículo 36 LH es pluscuamperfecta, como afirmaba DE LA RICA, o exige solo la diligencia ordinaria del hom-

bre normal, como sostenía GARCÍA GARCÍA, sino también porque es completamente inexacto hablar de «*prescripción comenzada*» como hace el artículo 36 LH (RODRÍGUEZ, 1999: 27)[88]. En resumen, compartimos la conclusión de GALLEGO DEL CAMPO de que la redacción de este artículo es técnicamente imprecisa y complicada siendo un precepto confuso, oscuro, farragoso y de difícil comprensión que favorece inagotables discusiones doctrinales y dificulta una interpretación jurisprudencial uniforme (GALLEGO DEL CAMPO, 2004: 2710). Por ello, entiendo que *lege ferenda* debería ser modificado el artículo 36 LH en el marco de una reforma global del Derecho Hipotecario que exija la inscripción constitutiva del dominio fundiario y haga legalmente imposible, de manera expresa, la usucapión *contra tabulas* o, en todo caso, permita fundar esta materia sobre bases más perennes y objetivas que la buena fe que, sin duda, es imprescindible pero que al final no es sino la: «varita mágica que, por arte de encantamiento, puede convertir al tercero de emperador del sistema inmobiliario en pobre caballero andante apaleado por yangüeses, o, lo que es peor, tundido por picapleitos» (NÚÑEZ LAGOS, 1945: 17-18).

CONCLUSIONES

I. El artículo 1949 del Código civil ha sido derogado por el artículo 36 LH.

II. Nuestro Tribunal Supremo ha ido evolucionando en los últimos años desde una posición psicológica radical de la buena fe en el ámbito de los derechos reales a una posición ética que exige, en el ámbito de los derechos reales, una «carga ética de diligencia "básica" que haga, en su caso, excusable el error».

III. Dicha carga ética de diligencia «básica» que haga, en su caso, excusable el error debería ser, en materia de usucapión *contra tabulas*, a nuestro juicio la consulta del Registro de la Propiedad por lo que, salvo en los supuestos patológicos de doble inmatriculación, no cabe la usucapión de buena fe *contra tabulas*. En todo caso, en el caso excepcional de que existiera un usucapiente de buena fe *contra tabulas* el mismo carecería de justo título ya que este por aplicación analógica del artículo 35 LH, ya lo ostenta el titular inscrito y es la inscripción. Dicha solución que niega, con carácter general, la posibilidad de que exista un prescribiente adversus tabulas es la más respetuosa con la finalidad económica del Registro y de la fe pública registral entendida, esta última, en el sentido amplio expuesto en este trabajo.

IV. *De lege ferenda* sería conveniente modificar el artículo 36 LH que es un precepto confuso, de difícil comprensión y propicio para inagotables discusiones doctrinales y que adolece de una técnica imprecisa y complicada.

VII. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

Sentencias del Tribunal Supremo

- STS de 16 de febrero de 1981 (TOL1.740.151).
- STS de 22 de septiembre de 1984 (TOL1.738.065).
- STS de 5 de julio de 1985 (TOL1.737.189).
- STS de 4 de marzo de 1988 (TOL1.732.843).
- STS de 15 de julio de 1988 (TOL1.733.798).
- STS de 30 de noviembre de 1991 (TOL1.728.448).
- STS de 31 de marzo de 1992 (TOL1.659.739).
- STS de 23 de junio de 1998 (TOL14.794).
- STS de 30 de octubre de 1998 (TOL2.641).
- STS de 17 de julio de 1999 (TOL3.265.995).
- STS de 19 de julio de 1999 (ROJ: STS 5259/1999).
- STS de 26 de enero de 2000 (TOL1.771).
- STS de 8 de marzo de 2001 (TOL4.964.804).
- STS de 28 de diciembre de 2001 (TOL3.265.986 y TOL130.718).
- STS de 11 de noviembre de 2002 (TOL4.974.991).
- STS de 7 de diciembre de 2004 (TOL526.521).
- STS de 18 de febrero de 2005 (TOL598.352).
- STS de 21 de julio de 2006 (TOL979.471).
- STS de 30 de octubre de 2006 (TOL1.006.879).
- STS de 7 de septiembre de 2007 (TOL1.146.771).
- STS (Sala 2.ª) de 2 de diciembre de 2009 (TOL1.762.113).
- STS de 21 de febrero de 2012 (TOL2.488.550),
- STS de 23 de abril de 2012 (TOL2.540.591).
- STS de 11 de julio de 2012 (TOL2.666.315).
- STS de 15 de enero de 2013 (TOL3.525.792).
- STS de 13 de mayo de 2013 (TOL3.753.363).
- STS de 21 de enero de 2014 (TOL4.102.054).
- STS de 8 de octubre de 2014 (TOL4.583.056).
- STS de 12 de enero de 2015 (TOL4.721.524).
- STS de 19 de mayo de 2015 (TOL5.090.533).
- STS de 1 de marzo de 2016 (TOL5.661.691).
- STS de 21 de julio de 2016 (TOL5.789.201).
- STS de 5 de febrero de 2018 (TOL6.509.366).

Sentencias de las Audiencias Provinciales

- SAP de Madrid (Sección 21.ª) de 16 de octubre de 2001 (TOL2.670.425).

- SAP de Madrid (Sección 10.ª) de 1 de marzo de 2003 (TOL484.565).
- SAP de Cantabria (Sección 1.ª) de 20 de enero de 2004 (TOL444.589).
- SAP de Salamanca (Sección 1.ª) de 30 de diciembre de 2004 (TOL562.928).
- SAP de Guadalajara (Sección 1.ª) de 24 de octubre de 2006 (TOL1.030.279).
- SAP de Barcelona (Sección 11.ª) de 7 de julio de 2009 (TOL1.604.588).
- SAP de Barcelona (Sección 4.ª) de 30 de diciembre de 2009 (TOL1.829.645).
- SAP de Tenerife (Sección 3.ª) de 9 de diciembre de 2011 (TOL2.466.944)
- SAP de Madrid (Sección 9.ª) de 24 de mayo de 2012 (TOL2.579.261).
- SAP de Madrid (Sección 25.ª) de 3 de enero de 2013 (TOL3.014.918).
- SAP de Madrid (Sección 12.ª) de 6 de junio de 2013 (TOL3.859.116).
- SAP de Las Palmas (Sección 4.ª) de 18 de marzo de 2014 (TOL4.223.987)
- SAP de Alicante (Sección 6.ª) de 17 de junio de 2014 (TOL4.521.821).
- SAP de Alicante (Sección 9.ª) de 31 de marzo de 2015 (TOL5.007.883).
- SAP de Barcelona (Sección 16.ª) de 4 de mayo de 2015 (TOL5.173.555).
- SAP de Barcelona (Sección 13.ª) de 9 de julio de 2015 (TOL5.500.859).
- SAP de Madrid (Sección 12.ª) de 23 de julio de 2015 (TOL5.512.915).
- SAP de Tenerife (Sección 3.ª) de 6 de octubre de 2015 (TOL5.630.250).
- SAP de Alicante (Sección 9.ª) de 10 de diciembre de 2015 (TOL5.748.585).
- SAP de Toledo (Sección 1.ª) de 22 de diciembre de 2015 (TOL5.635.016).
- SAP de Burgos (Sección 3.ª) de 29 de diciembre de 2015 (TOL5.639.444).
- SAP de Tenerife (Sección 4.ª) de 23 de febrero de 2016 (TOL5.772.919).
- SAP de Les Illes Balears (Sección 5.ª) de 2 de marzo de 2016 (TOL5.676.697).
- SAP de Madrid (Sección 11.ª) de 28 de marzo de 2016 (TOL5.702.053).
- SAP de Les Illes Balears (Sección 5.ª) de 22 de abril de 2016 (TOL5.734.940).
- SAP de Alicante (Sección 9.ª) de 20 de mayo de 2016 (TOL5.836.931).
- SAP de Las Palmas (Sección 4.ª) de 26 de mayo de 2016 (TOL5.771.902).
- SAP de Ciudad Real (Sección 1.ª) de 28 de junio de 2016 (TOL5.843.469).
- SAP de Alicante (Sección 9.ª) de 7 de julio de 2016 (TOL5.867.047).
- SAP de Álava (Sección 1.ª) de 27 de julio de 2016 (TOL5.856.256).
- SAP de Alicante (Sección 9.ª) de 12 de septiembre de 2016 (TOL5.900.012).
- SAP de Alicante (Sección 9.ª) de 7 de octubre de 2016 (TOL5.899.699).
- SAP de Barcelona (Sección 16.ª) de 21 de diciembre de 2016 (TOL5.986.996).
- SAP de Asturias (Sección 4.ª) de 11 de enero de 2017 (TOL5.953.094).
- SAP de Alicante (Sección 9.ª) de 20 de enero de 2017 (TOL6.144.915).

- SAP de Les Illes Balears (Sección 5.ª) de 7 de febrero de 2017 (TOL6.012.320).
- SAP de Almeria (Sección 1.ª) de 8 de marzo de 2017 (TOL6.182.134).
- SAP de Salamanca (Sección 1.ª) de 4 de abril de 2017 (TOL6.110.963).
- SAP de Alicante (Sección 9.ª) de 16 de mayo de 2017 (TOL6.466.959).
- SAP de Las Palmas (Sección 5.ª) de 27 de junio de 2017 (TOL6.357.522).
- SAP de Cádiz (Sección 2.ª) de 6 de septiembre de 2017 (TOL6.452.592).
- SAP de Barcelona (Sección 19.ª) de 3 de octubre de 2017 (TOL6.444.051).
- SAP de Madrid (Sección 14.ª) de 19 de diciembre de 2017 (TOL6.544.061).
- SAP de Albacete (Sección 1.ª) de 20 de diciembre de 2017 (TOL6.520.043).
- SAP de Alicante (Sección 9.ª) de 22 de diciembre de 2017 (TOL6.581.743)
- SAP de Toledo (Sección 1.ª) de 10 de enero de 2018 (TOL6.533.842).
- SAP de Ciudad Real (Sección 2.ª) de 12 de febrero de 2018 (TOL6.577.387).
- SAP de Madrid (Sección 28.ª) de 23 de febrero de 2018 (TOL6.604.669).
- SAP de Madrid (Sección 21.ª) de 7 de marzo de 2018 (TOL6.624.356).
- SAP de Valladolid (Sección 3.ª) de 18 de mayo de 2018 (TOL6.683.902).
- SAP de Valladolid (Sección 3.ª) de 21 de mayo de 2018 (TOL6.683.903).
- SAP de Valencia (Sección 7.ª) de 12 de septiembre de 2018 (TOL6.877.167).
- SAP de Cáceres (Sección 1.ª) de 28 de septiembre de 2018 (TOL6.899.027).
- SAP de Pontevedra (Sección 6.ª) de 29 de octubre de 2018 (TOL7.003.402).
- SAP de Barcelona (Sección 19.ª) de 20 de diciembre de 2018 (TOL6.997.343).
- SAP de Les Illes Balears (Sección 3.ª) de 19 de febrero de 2019 (TOL7.153.891).
- SAP de Teruel (Sección 1.ª) de 26 de marzo de 2019 (TOL7.350.656).
- SAP de Madrid (Sección 12.ª) de 11 de julio de 2019 (TOL7.457.511).
- SAP de Pontevedra (Sección 6.ª) de 29 de marzo de 2019 (TOL7.262.243).
- SAP de Ceuta (Sección 6.ª) de 30 de mayo de 2019 (TOL7.436.801).

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

- RDGRN de 18 de noviembre de 2005 («BOE» de 10 de enero de 2006).
- RDGRN de 27 de febrero de 2006 («BOE» de 10 de abril de 2006).
- RDGRN de 25 de noviembre de 2006 («BOE» de 21 de diciembre de 2006).
- RDGRN de 19 de abril de 2010 («BOE» núm. 138, de 7 de junio de 2010).
- RDGRN de 3 de diciembre de 2015 («BOE» de 28 de diciembre de 2015)
- RDGRN de 8 de septiembre de 2016 («BOE» de 30 de septiembre de 2016).

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M. (1993). Comentario al artículo 1949 del Código civil. *Comentarios al Código civil. T. XXV - Vol. 1.º, Artículos 1930 a 1960 del Código civil* [En línea], Ed. Edersa, consultado en http://vlex.com/vid/articulo-1-255397.

— (2005). *La usucapión*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Registrales.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. (1978). La posesión y el Registro de la Propiedad. *RDP,* T. 62, 465-490.

— (2010). *Derecho inmobiliario registral* [En línea]. 3.ª ed. Pamplona. Consultado en https://www.academia.edu/30516154/Derecho_inmobiliario_registral2010. También se ha consultado la 1.ª ed. de la obra (1986), Madrid: Civitas.

ARRUÑADA SÁNCHEZ, BENITO (2014). El Registro de la Propiedad, *Revista Profesiones*, núm. 150 (extra), XVI-XVII.

AZPIAZU RUIZ, J. (1946). ¿Se da la prescripción ordinaria contra el titular registral?, en *RCDI* núm. 223, 729-737.

BÉRGAMO LLABRÉS, A. (1946). La usucapión y el Registro de la Propiedad. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 1 de junio de 1945. *AAMN*, T. III, Madrid. 271-314.

BERNAD MAINAR, R. (2016). La Pandectística alemana: columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno. *RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano*, octubre 2016.

BLASCO GASCÓ, F.P. (2019). *Instituciones de Derecho civil. Derechos reales. Derecho registral inmobiliario* (3.ª ed.). Valencia. Tirant Lo Blanch.

BONFANTE, PIETRO (1893). Essenza della bona fides e suo rapporto colla teorica dell'errore. *Bullettino dell'istituto di diritto romano*. Roma: L. Pasqualucci Editore, 85-118.

— (1965) *Instituciones de Derecho romano*. 4.ª edición. Madrid: Instituto Edit. Reus.

CAMY SANCHEZ CAÑETE, B. (1971). *Comentarios a la Legislación hipotecaria*. Vol. V. Pamplona: Aranzadi.

CASTRO LUCINI, F. (1983). Algunas consideraciones sobre la buena fe en la obra del Profesor don Federico de Castro, en *ADC,* núm. 4, 1227 a 1242.

CLEMENTE MEORO, M.E. (2007). *Doble inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad*. 2.ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

DE CASTRO Y BRAVO, F. (1985). *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas.

DE LA RICA Y ARENAL, R. (1949). La buena fe y la publicidad del Registro. *RCDI,* núm. 256, 537-562.

DE PORCIOLES COLOMER, J.M. (1945). *La prescripción y el Registro de la Propiedad. Cuestiones de Derecho Hipotecario y Social*. Conferencias del cursillo del año 1944. Barcelona: Ed. Imp. Vda. de J. Savater Bros — Colegio Notarial de Barcelona, 163-191.

DÍEZ PICAZO, L. (1963). *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Barcelona: Bosch, 134-135.

— (1995). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. III. Las relaciones jurídico reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*. 4.ª edición. Madrid: Civitas.

— (1996). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. I, Quinta edición. Madrid: Civitas.

DOMINGO DE SOTO (1967). *De la Justicia y el Derecho*. Madrid: Ed. Instituto de Estudios Políticos.

FENOY PICÓN, N. (2003). La usucapión ordinaria *contra tabulas* y frente al tercero: el problema de la vigencia del artículo 1949 del Código civil. *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, T. III.* Madrid: Thomson Civitas, 3771-3828.

GALLEGO DEL CAMPO, G. (2004). La usucapión *contra tabulas. RCDI,* núm. 686, 2655-2710.

GARCÍA GARCÍA, J.M. (2002). *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. T. III. 1.ª ed. Madrid: Civitas.

GARCÍA VILA, J.A. (2012). El principio de cognoscibilidad legal [En línea] consultado en https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2012-cognoscibilidad-legal.htm#_ftn58

GONZALES BARRÓN, G.H. (2012). La usucapión siempre vence al tercero de la fe pública registral. El inexistente problema de la «usucapión *contra tabulas*». *Derecho y Cambio Social*, año 9, n.º. 29, 1-44, consultado en https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5493229.pdf

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (1948). *Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil II*. Madrid: Ministerio de Justicia

GORDILLO CAÑAS, A. (2002). Sentencia de 28 de diciembre de 2001. Prescripción adquisitiva: buena fe y justo título. Usucapión *contra tabulas*. *CCJC*, N.º 58 enero/marzo 2002, 429-438.

— (2006-1). La buena fe hipotecaria. «Quaestiones quodlibetales». *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola. T. II*. Madrid: Fundación registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2351-2389.

— (2006-2). El principio de fe pública registral (I). *ADC,* núm. 2, 509 a 656.

LACRUZ BERDEJO, J.L. (2011). *Derecho Inmobiliario Registral*. Navarra: Aranzadi.

LUNA SERRANO, A. (1991). Comentario al artículo 1949 del Código civil. En C. Paz Ares Rodríguez (dir.). *Comentario del Código civil, T. II*. Madrid: Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, 2117-2120.

MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. (1998). La función económica de la Publicidad Registral en *Anales(I) : 1996/1997 / Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral Inmobiliario y Mercantil*, 119-148 [En línea] consultado en https://2019.vlex.com/#vid/funcion-economica-publicidad-57756109.

— (2017-1). *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles. Un estudio del sistema español con referencia al alemán*. Valencia. Tirant Lo Blanch.

— (2017-2). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 (271/2015). Desafectación tácita. La diligencia básica exigible para la buena fe del artículo 34 LH, en Yzquierdo Tolsada M. (Dir.) *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil),* Vol. 7.º. Madrid. Dykinson, 583 a 613.

— (2018). La «buena fe» del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Una revisión crítica de la posición dominante en la doctrina y en la jurisprudencia en *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 117, N.º 1, 2018, 9-40.

MERINO HERNÁNDEZ, J.L. (2014). La usucapión «contra tabulas» en la nueva doctrina del Tribunal Supremo [En línea] consultado en https://elderecho.com/la-usucapion-contra-tabulas-en-la-nueva-doctrina-del-tribunal-supremo

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (1990). La buena fe y su concreción en el ámbito del derecho civil. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 11 de diciembre de 1986. *AAMN*, T. XXIX, [En línea] consultado en https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/buena-concrecion-pronunciada-matritense-238494

— (1991). Comentario al artículo 7 del Código civil. *Comentario del Código civil, T. I.* Madrid: Ministerio de Justicia. 37-56.

— (1992). *Derecho privado romano*. Madrid: Marcial Pons.

NÚÑEZ LAGOS, R. (1945). Realidad y Registro. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, abril. Madrid: Ed. Instituto Editorial Reus, 1-43.

— (1962). *Variaciones en la significación y alcance de la Ley Hipotecaria*. Valencia: Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación.

PETIT SEGURA, M.A. (1992). Sentencia de 31 de marzo de 1992. Usucapión *contra tabulas*; prescripción ordinaria y prescripción extraordinaria: concepto de tercero. *CCJC.* abril-agosto 1992, 447-453.

REGLERO CAMPOS, L.F. (2013). Comentario a los artículos 1940 a 1960. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.). *Comentarios al Código civil*. 4.ª Ed. Madrid: Aranzadi, 2522-2523.

ROCA I TRÍAS, E. (1979). Las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad. *RCDI,* núm. 530, 9-72.

ROCA SASTRE, R.M. [*et al.*] (2008). *Derecho hipotecario*. T. II, Vol. 2. 9.ª ed. Barcelona: Bosch.

ROBLES MORCHON, G. (2015). *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho*, Volumen II. Cizur Menor: Thomson Reuters-Civitas.

RODRÍGUEZ OTERO, L. (1999). Una sospechosa coincidencia (la llamada prescripción *contra tabulas*). *Lunes 4´30. Año XII. núm. 249*, 1.ª quincena de enero, 1999. Valencia: Ed. Registradores de la Comunidad Valenciana, 21-27.

RUBIO GARRIDO, T. (1994). *La doble venta y la doble disposición*. Barcelona: José María Bosch Editor.

SANCIÑENA ASURMENDI, C. (2009). *La usucapión inmobiliaria*. Navarra: Aranzadi.

SANZ FERNÁNDEZ, A. (1947). *Instituciones de Derecho hipotecario*, T. 1. Madrid: Instituto editorial REUS.

SOLS GARCÍA, P. (1949). Prescripción contra el Registro. Síntesis de la doctrina legal. *ADC*. 1949 núm. 1, 124 a 135.

URBANO NAVARRETE, S.J. (1959) *La buena fe de las personas jurídicas en orden a la prescripción adquisitiva*, Estudio Histórico-Canónico. Roma: «Analecta Gregoriana».

VALLET DE GOYTISOLO. J.B. (1973). La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública. *Estudios sobre derechos de cosas*. Madrid: Montecorvo, 323-388.

VILLARES PICO, M. (1947). La posesión y el Registro. *RCDI*, núm. 230-231, 409-448.

WIEACKER, F. (1977). *El principio general de la buena fe*. Madrid: Civitas.
YZQUIERDO TOLSADA, M. (2011). Artículo 1949. Prescripción contra Registro de la Propiedad. En R. Valpuesta Fernández y A. Cañizares Laso, *et al.* (dir.). *Código civil comentado*. Vol. 4, 1582-1585.

NOTAS

[1] Resaltando dicho conflicto entre Registro y usucapión añadiría NÚÑEZ LAGOS: «Posesión, usucapión y Registro de la Propiedad. Nada más… y nada menos. La posesión que es, además, la base de la usucapión es la quiebra del sistema inmobiliario del Registro[…]. De ahí el rechinar constante de todas las piezas de ambos sistemas al ponerse en contacto» (1945: 2). «La posesión es el 'daemonium' para el Registro de la Propiedad. Además, femenino. Archidiablesa, soberana princesa del imperio de la duda, del error y la confusión, en maridaje con el tiempo, engendraba un trasgo espantable llamado usucapión que haría totalmente estériles los asientos del Registro y los dogmas de sus pontífices» (1945: 4).

[2] Así, señala la SAP de Madrid (10.ª) de 1 de marzo de 2003: «De entenderse que el artículo 1.949 del Código civil se encuentra vigente y es de plena aplicación a la usucapión en contra de lo proclamado por el Registro, el rechazo de la pretensión ejercitada en la demanda sería automático porque se basa en una usucapión ordinaria —art. 1957 del Código civil— a la que no podría acudir por proscribírselo el citado artículo 1949 del Código civil, que solo permite adquirir el dominio por usucapión a través de la extraordinaria —art. 1959 del Código civil».

[3] Por eso, entendía coherentemente GALLEGO DEL CAMPO (2004): 2672, que del artículo 1949 del Código civil, que consideraba vigente, debían expurgarse las exigencias imposibles «dejando su redacción en los siguientes términos: Contra un título inscrito en el Registro de la Propiedad no tendrá lugar la prescripción ordinaria del dominio o derechos reales en perjuicio de tercero».

[4] La doctrina del Tribunal Supremo debe ser, según el tenor del artículo 1.6 del Código civil, «reiterada», pero la STS de 15 de julio de 1988, tras insistir en que la existencia de una sola sentencia no crea jurisprudencia, indica: «que en el caso resuelto por referida resolución actuó la Sala Primera de este Alto Tribunal en pleno, lo cual atribuye a la misma una especial fuerza en lo que a constitución de doctrina jurisprudencial se refiere».

[5] En nuestra jurisprudencia se muestran en contra de que el artículo 1949 del Código civil haya sido derogado, entre otras, la STS de 31 de marzo de 1992; STS de 19 de julio de 1999; STS de 28 de diciembre de 2001. En nuestra doctrina se han manifestado en contra de que el artículo 1949 del Código civil haya sido derogado ALBALADEJO GARCÍA (2005): 239 y 241 modificando su criterio anterior; AZPIAZU RUIZ (1946): 737; CAMY SÁNCHEZ CAÑETE (1971): 85 y 88; GARCÍA GARCÍA (2002): 119; LUNA SERRANO (1991): 2117-2120; YZQUIERDO TOLSADA (2011): 1582-1585, si bien este autor limita el 1949 del Código civil al supuesto de doble inmatriculación; NÚÑEZ LAGOS (1962): 10-13; PETIT SEGURA (1992): 451 y GALLEGO DEL CAMPO (2004): 2672. En todo caso, ni siquiera hay acuerdo sobre si esta doctrina es o no minoritaria. Así, según SANCIÑENA ASURMENDI (2009): 271, la tesis que mantiene la vigencia del 1949 del Código civil es minoritaria y la que defiende su tácita derogación mayoritaria. En contra, señalaba GARCÍA GARCÍA (2002) 136, que la teoría que mantiene la vigencia puede considerarse mayoritaria porque, «salvo Sanz Fernández y Roca Sastre, los demás autores citados (Porcioles, De la Rica, Azpiazu, Villares Picó, Núñez Lagos) y la jurisprudencia citada por Azpiazu y Villares Picó, además de las ya indicadas, parten de que la usucapión ordinaria no tiene cabida en el artículo 36 LH».

[6] Como dice SANCIÑENA ASURMENDI (2009: 270): la doble inmatriculación constituye una «anomalía del sistema» por lo que cabe exigirla como requisito legal de la usucapión *contra tabulas*; o, en palabras de GALLEGO DEL CAMPO (2004: 2672), «no cabe entender que un precepto ha sido concebido para casos excepcionales, patológicos o dependientes de la conducta ilegítima de un funcionario público».

[7] Sostienen que el artículo 1949 del Código civil ha sido tácitamente derogado por el artículo 36 LH, entre otros: ALBALADEJO GARCÍA (1993) si bien posteriormente modifica su postura adhiriéndose a la tesis que sostiene la vigencia del artículo 1949 del Código civil (2005): 239 y 241; CLEMENTE MEORO (2007): 156-157; FENOY PICÓN (2003): 3771 y 3826; GORDILLO CAÑAS (2002): 435 y 437; REGLERO CAMPOS (2013): 2522-2523; ROCA I TRÍAS (1979): 53 y 55; ROCA SASTRE *et al*.: (2008): 441, 445, 446 y 465-466: RUBIO GARRIDO (1994): 61; SANCIÑENA ASURMENDI (2009): 271; SOLS GARCÍA: (1949): 133; VILLARES PICO (1947): 434. Por su parte, en cuanto a SANZ FERNÁNDEZ señalaba FENOY PICÓN que dicho autor consideraba derogado el artículo 1949 del Código civil porque aplicaba el artículo 36 LH a la usucapión ordinaria contra tabulas lo que dejaría sin campo material de aplicación al artículo 1949 del Código civil (FENOY, 2003: 3797). Se hace eco expresamente de esta disparidad de tendencias doctrinales entre otras SAP de Madrid (21.ª) de 16 de octubre de 2001 y la SAP de Madrid (10.ª) de 1 de marzo de 2003, F.D. 5.º.

[8] STS de 21 de enero de 2014. Doctrina ratificada por la STS de 1 de marzo de 2016. En nuestra jurisprudencia menor sostienen dicha derogación tácita, entre muchas otras, la SAP de Madrid (12.ª) de 11 de julio de 2019 y la SAP de Madrid (14.ª) de 19 de diciembre de 2017. Incluso antes de las SSTS indicadas ya habían postulado expresamente tal derogación tácita, entre otras, la SAP de Cantabria (1.ª) de 20 de enero de 2004.

[9] Así, p.e. en nuestra dogmática privatista mientras MIQUEL (1991): 40, se muestra contrario a la teoría unitaria porque los intentos de reconducir a unidad el concepto de buena fe son vagos, abstractos y su pobreza de información no aporta los desarrollos necesarios para la aplicación fundada del principio, no obstante, a favor de la teoría unitaria puede verse, entre otros, HERNÁNDEZ GIL (1979): *passim*.

[10] D. 50, 16, 109: «Bonae fidei emptor esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit ius vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse».

[11] Decimos «explícitamente» porque existen autores que consideran necesario que dicha creencia sea éticamente irreprensible [así entre otros ZOESIUS, Henricus (1571-1627) *Commentarius ad Digestorum* lib. 41, tit. 3 n 54 y Johannes VOET (1647-1713) *Commentariorum ad Pandectas* lib. 41, tit. 3 n. 6 cit. ambos, por URBANO NAVARRETE, S. J. (1959, 32)].

[12] Así, como señala URBANO NAVARRETE (1959): 32, Savigny y Arndts definirán la buena fe como la creencia errónea de haber llegado a ser propietario; Karl Adolph von Vangerow como la creencia de haber adquirido la cosa del verdadero dueño y, por último, Roderich Von Stintzing, como la ignorancia de los vicios por los cuales el título es inepto para la adquisición de la cosa. En todos los casos, como vemos, como un estado psicológico (de creencia o de ignorancia).

[13] Más ampliamente sobre otras teorías de la buena fe (tesis normativas, volitivas y la teoría del hecho jurídico de Sacco etc.) *vide* GÓMEZ ACEBO (1952): 108-109.

[14] No obstante, MIQUEL (1991): 40 y sigs. se muestra crítico con esta contraposición entre buena fe psicológica y ética porque, dice, en realidad, estamos ante dos concepciones éticas: la individual (en la que juzgamos la buena fe con los parámetros del individuo concreto a quien nos estamos refiriendo) y la social (en la que juzgamos la buena fe con parámetros sociales, introduciendo elementos como la conducta debida de diligencia en la formación del conocimiento o la excusabilidad del error). Por eso, entiende este autor, la llamada concepción ética de la buena fe no es más ética que la llamada concepción psicológica, sino al contrario, pero sí más objetiva y externa.

[15] En este sector destacan señaladamente WACHTER y WINDSCHEID. *Vide* más ampliamente GÓMEZ ACEBO (1952): 106. En nuestra doctrina romanista se adhiere a dicha concepción psicológica de la buena fe en derecho romano, entre otros, MIQUEL (1992: 188) quien señala que la buena fe del usucapiente era la creencia errónea del poseedor de que el *tradens* era propietario cuando realmente no lo era.

[16] En este sentido, señala WACHTER que hay textos en el Digesto que claramente admiten la buena fe del poseedor en caso de error inexcusable por lo que dicha inexcusabilidad del error no impide la usucapión. Así p.e. entre otros puede leerse en D.5.3.25 § 6: «no opino que sea poseedor de mala fe este, que está exento de dolo, aunque yerre en cuanto al derecho» (BONFANTE, 1893: 89).

[17] Como nos recuerda GARCÍA VILA (2012), para BRUNS la *bona fides* romana suponía siempre una confianza honesta, y se medía por un módulo objetivo tomado del tráfico.

[18] Así, BONFANTE (1893): 90 señalará que para BRUNS la buena fe: «indica l'onestà, la rettitudine, il comportarsi scrupolosamente da persona dabbene: non si tratta di credere o non credere, ma di coscienza pura, di onoratezza, di moralità».

[19] Mas ampliamente sobre el pensamiento de BRUNS *vide* URBANO NAVARRETE (1959): 34-35; BONFANTE (1893): 90-92 *et passim*; GÓMEZ ACEBO (1952): 107.

[20] Cita Bruns, entre dichos supuestos, D 41.4.7 § 6: «*Si el fundo que podía vender por cien áureos lo hubiere entregado tu procurador por treinta áureos con el único objeto de causarte perjuicio, ignorándolo el comprador, no se debe dudar que el comprador lo usucapirá con el transcurso de largo tiempo; porque cuando uno a sabiendas vendió un fundo ajeno al que lo ignora, tampoco se interrumpe la larga posesión*». También D 41.4.8 : «*Si alguno, sabiendo que el vendedor consumirá inmediatamente el dinero, le hubiese comprado esclavos, respondieron los más, que él era, ello, no obstante, comprador de buena fe; y esto es más verdadero, porque ¿cómo se considera que compró de mala fe el que le compró al dueño, —a no ser acaso que no usucapía el que le compró los esclavos a un lujurioso, que inmediatamente le había de dar el dinero a una ramera? Vide,* también, D 26.8,5.§2, 5. A nuestro entender son, asimismo, supuestos de usucapión de cosa propia del *tradens* contenidos en el Digesto los siguientes: D. 41.4.2.15: «*Si sin la autoridad del tutor le hubiere yo comprado una cosa a un pupilo, que yo creía que era púbero, diremos que tiene lugar la usucapión*» y D 41.4.2.16: «*Si yo le hubiere comprado una cosa a un loco, a quien yo creía en su cabal juicio, es sabido que por causa de utilidad puedo usucapirla, aunque fuese nula la compra*».

[21] Asi p.e. existen casos en que se tiene conciencia de adquirir de quien no es propietario y aun así existe buena fe (p.e. D 41, 7, 5: «*Si te hubiere comprado una cosa que poseías habiéndose tenido por abandonada, sabiendo yo que se hallaba en esta condición, es sabido que la usucapiré; y no obsta que no haya estado en tus bienes porque el mismo derecho hay también si a sabiendas hubiere yo comprado una cosa a ti donada por tu mujer, porque esto lo harías como queriéndolo y concediéndolo su dueño*»); casos en que existe la creencia subjetiva de que no se es propietario, a pesar de serlo, y aun así existe la buena fe (p.e. D 41, 3, 44, 4: «*Un hijo de familia, comprador de una cosa ajena, ignorando que él había sido hecho padre de familia, comenzó a poseer la cosa que se le habla entregado; ¿por qué no la usucapirá, habiendo habido buena fe al principio de la posesión, aunque este por error creyese que él era tal que no podía poseer ni cosa adquirida por causa del peculio? Lo mismo se habrá de decir, también si por no leve presunción creyera que la cosa comprada fue a su poder por virtud de la herencia del padre*»). Y, por último, p.e. en la *praescriptio longi temporis*, que exigía buena fe, existen supuestos en que no se da la «*opinio dominii*» (así p.e. en D 9, 4, 28 «*Y según esto, también lo usucapiré, aunque a sabiendas posea yo el esclavo ajeno*»). *Vide* más ampliamente URBANO, 1959: 33.

[22] Más ampliamente sobre el pensamiento de Pernice *vide* GÓMEZ ACEBO (1952): 107; URBANO NAVARRETE (1959): 35; BONFANTE (1893): 92-94.

[23] BONFANTE (1893; 94-95): «La buona fede è un concetto etico, generale e uguale in tutti i rapporti. Il suo presupposto normale nella possessio bonae fidei e quindi nel-

l´usucapione è l'errore, cioè un fatto psicologico; raramente l'azione o il comportamento esteriore del subbietto. Quando a ogni modo concorrono e il momento etico e il momento psicologico non è concepibile una prevalenza dell'uno sull'altro, come non è concepibile una prevalenza tra causa ed effetto».

[24] En nuestra doctrina romanista se adhieren a dicha concepción ética de la buena fe del usucapiente, entre otros, IGLESIAS (2010): 198, al señalar que la buena fe del poseedor era en derecho romano un concepto ético que significaba «la creencia leal, la honesta convicción de que no se lesionan intereses jurídicos ajenos al entrar en la posesión de la cosa»; en parecido sentido FERNÁNDEZ DE BUJÁN (2014): 378.

[25] «Il suo presupposto *normale* nella *possessio bonae fidei* e quindi nell'usucapione é l'errore, cioé un fatto psicológico» (BONFANTE, 1893: 94-95).

[26] Así, señalará BONFANTE (1893):98: «Il Bruns intende la sua buona fede etica come una buona fede più rigida, più elevata, la psicologica come una buona fede più rilassata. Ma non sono entrambi concetti etici? e che cosa è mai questa opposizione se non tra due stati o gradi di un concetto etico, l'uno più rigoroso, l'altro più blando?».

[27] Por su parte, para *Voci* si bien los juristas clásicos no se cuestionan la excusabilidad o no del error por lo que la buena fe lleva, siempre que concurran los otros requisitos, a la usucapión, no obstante, los juristas justinianeos sí exigirán que la buena fe se funde sobre un error excusable (VOCI: L'errore nel diritto romano 166 cit. por URBANO NAVARRETE (1959): 39-40).

[28] Así, en España, en el ámbito civil, GÓMEZ ACEBO (1952): 126-127, considera que en materia de usucapión y posesión el concepto del Código civil que resulta de los artículos 433 y 1950 es predominantemente psicológico, aunque, dado que la excusabilidad del error es un problema de suficiencia de la buena fe, «la rigurosidad para la calificación de suficiencia de la buena fe es menor en materia de adquisición de frutos, mayor en la usucapio y quizá aun mayor todavía en las aplicaciones de la apariencia». En el ámbito hipotecario también ROCA SASTRE (2008): 446-447, acepta una concepción psicológica porque considera que la buena fe del usucapiente es simplemente un estado psíquico intelectivo.

[29] Véase la doctrina española citada por CASTRO LUCINI (1983): 1232 a favor de la concepción ética.

[30] Dicha concepción ética no atiende a la convicción o pensamiento —manifestación del espíritu— sino a la exteriorización de la conducta, de modo que existirá buena fe cuando la persona se manifieste en sus relaciones de una manera honesta o actúe con rectitud. Se atiende aquí a la moralidad objetiva del acto y ecos de la misma se pueden encontrar en la EM del Decreto 1.836/74, de 31 de mayo, que introduce la nueva redacción del artículo 7.1 del Código civil («Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe») y señala que: «Sin pretender una alteración del juego concreto de la buena fe en cada una de las instituciones jurídicas, ha parecido pertinente enunciarla como postulado básico por cuanto representa una de las más fecundas vías de irrupción del contenido ético social en el orden jurídico».

[31] STS de 17 de julio de 1999. También defienden dicha concepción psicológica de la buena fe, entre otras, las STS de 16 de febrero de 1981; STS de 28 de diciembre de 2001; STS de 11 de noviembre de 2002; STS de 30 de octubre de 2006. Incluso en los últimos años no falta alguna sentencia aislada que aun contiene referencia a dicha concepción psicológica, así *vide* p.e. STS de 13 de mayo de 2013; STS de 5 de febrero de 2018 (*obiter dicta*).

[32] La STS de 7 de diciembre de 2004 señalará, con cita de numerosa jurisprudencia y en dicha tendencia hacia la objetivación de la buena fe, que esta «consiste en un estado psicológico […] determinado por el desconocimiento o equivocado conocimiento de la realidad […]. Ese estado, sin embargo, no se define de una manera absolutamente pura por consideraciones psicológicas, sino que recibe influencias objetivas, al ponerse aquellas en relación con el comportamiento que era exigible según un modelo socialmente

admitido y, en definitiva, con la diligencia con la que ha de actuar el sujeto ignorante o equivocado para merecer amparo del ordenamiento». Recoge dicha doctrina en nuestra jurisprudencia menor, entre otras, la SAP de Tenerife de 9 de diciembre de 2011 y la SAP de Alicante (9.ª) de 22 de diciembre de 2017 señalando, esta última, además, con base en el principio «*quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire*» (D. 50.17.203) que «no se actúa de buena fe cuando se desconoce lo que con la exigible diligencia normal o adecuada al caso se debería haber conocido».

[33] STS de 19 de mayo de 2015. Doctrina reiterada en STS de 8 de octubre de 2014; STS de 12 de enero de 2015 y recogida por nuestra jurisprudencia menor en SAP de Teruel (1.ª) de 26 de marzo de 2019; SAP de Las Palmas (4.ª) de 26 de mayo de 2016; SAP de Cáceres (1.ª) de 28 de septiembre de 2018; SAP de Alicante (9.ª) de 12 de septiembre de 2016; SAP de Ceuta (6.ª) de 30 de mayo de 2019; SAP de Pontevedra (6.ª) de 29 de marzo de 2019; SAP de Les Illes Balears (3.ª) de 19 de febrero de 2019; SAP de Barcelona (19.ª) de 20 de diciembre de 2018; SAP de Pontevedra (6.ª) de 29 de octubre de 2018; SAP de Cáceres (1.ª) de 28 de septiembre de 2018; SAP de Valencia (7.ª) de 12 de septiembre de 2018; SAP de Valladolid (3.ª) de 21 de mayo de 2018; SAP de Valladolid (3.ª) de 18 de mayo de 2018; SAP de Madrid (21.ª) de 7 de marzo de 2018; SAP de Madrid (28.ª) de 23 de febrero de 2018; SAP de Ciudad Real (2.ª) de 12 de febrero de 2018; SAP de Toledo (1.ª) de 10 de enero de 2018; SAP de Albacete (1.ª) de 20 de diciembre de 2017; SAP de Barcelona (19.ª) de 3 de octubre de 2017; SAP de Cádiz (2.ª) de 6 de septiembre de 2017; SAP de Las Palmas (5.ª) de 27 de junio de 2017; SAP de Alicante (9.ª) de 16 de mayo de 2017; SAP de Salamanca (1.ª) de 4 de abril de 2017; SAP de Almería (1.ª) de 8 de marzo de 2017; SAP de Les Illes Balears (5.ª) de 7 de febrero de 2017; SAP de Alicante (9.ª) de 20 de enero de 2017; SAP de Asturias (4.ª) de 11 de enero de 2017; SAP de Barcelona (16.ª) de 21 de diciembre de 2016; SAP de Alicante (9.ª) de 7 de octubre de 2016; SAP de Alicante (9.ª) de 12 de septiembre de 2016; SAP de Álava (1.ª) de 27 de julio de 2016; SAP de Alicante (9.ª) de 7 de julio de 2016; SAP de Ciudad Real (1.ª) de 28 de junio de 2016; SAP de Las Palmas (4.ª) de 26 de mayo de 2016; SAP de Alicante (9.ª) de 20 de mayo de 2016; SAP de Les Illes Balears (5.ª) de 22 de abril de 2016; SAP de Madrid (11.ª) de 28 de marzo de 2016; SAP de Les Illes Balears (5.ª) de 2 de marzo de 2016; SAP de Tenerife (4.ª) de 23 de febrero de 2016; SAP de Burgos (3.ª) de 29 de diciembre de 2015; SAP de Toledo (1.ª) de 22 de diciembre de 2015; SAP de Alicante (9.ª) de 10 de diciembre de 2015; SAP de Tenerife (3.ª) de 6 de octubre de 2015; SAP de Madrid (12.ª) de 23 de julio de 2015; SAP de Barcelona (13.ª) de 9 de julio de 2015; SAP de Barcelona (16.ª) de 04 de mayo de 2015; SAP de Alicante (9.ª) de 31 de marzo de 2015.

[34] Así, la STS de 12 de enero de 2015 considera que la buena fe queda desvirtuada cuando existe «*una situación posesoria clara y manifiesta que se ejercite en concepto de dueño y que, por tanto, contradiga o ponga en seria duda la exactitud de la información registral, con relación al derecho inscrito*» y la STS de 7 de septiembre de 2007, casando la sentencia de la Audiencia Provincial, confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que desestimaba la demanda porque la demandada poseía y habitaba la finca antes de la compra, finca litigiosa que estaba segregada por un cierre metálico, por lo que «*debe estimarse falta de diligencia incompatible con la buena fe la falta de comprobación de la finca "in situ" y la averiguación de la condición o del concepto en que se encontraba habitando la misma la demandada y su familia desarrollando una actividad ganadera en la misma»,* ya que *«el Tribunal Supremo ha aludido a la existencia de un deber moral de averiguación en el que adquiere de persona que en el Registro aparece con facultades para transmitir, a cuyo cumplimiento se atribuye transcendencia en materia de apreciación de buena fe*».

[35] En parecido sentido, la STS de 8 de marzo de 2001 niega al tercero la buena fe porque «ante una casa habitada que había sido objeto de complicados avatares jurídicos, el adquirente sabía o podía saber con solo acudir a la misma, que había persona que era propietario por adquisición anterior, pese a la titularidad formal del Registro».

[36] Es decir, el titular registral (A), mientras B no inscriba, puede volver a disponer, aunque, obviamente, violaría la obligación personal de no disponer (MÉNDEZ, 2017-1: 83). Dicha violación por A de la obligación personal de no disponer dará lugar a acciones penales —por estafa…— o civiles —acción personal de indemnización de B frente a A— pero no impide la transmisión del bien de A a C.

[37] Ello significa que, según MÉNDEZ, el supuesto considerado usualmente como de adquisición *a non domino* protegida por el artículo 34 LH —el del segundo adquirente de un titular registral que inscribe y queda protegido por dicho precepto, frente a un primer adquirente que no inscribió— no sería tal. En efecto, el segundo sería un adquirente *a domino* porque adquirió de quien conservaba el *ius disponendi*, aun cuando pesara sobre el tradens la obligación —protegida, por tanto, solo con una regla de responsabilidad— de no disponer (MÉNDEZ, 2017-1: 87) y los únicos supuesto de adquisición *a non domino* serían aquellos otros en los que el sistema registral, como tal, falla como sucede v.gr.: cuando el notario no detecta una suplantación de identidad por parte de un compareciente que se hace pasar por el titular registral, autoriza la escritura y el registrador, no encontrando defecto alguno, inscribe o el Registro no detecta la falsificación de un título (MÉNDEZ, 2017-1: 88; 2017-2: 603; 2018: 28) o cometió un error en el tracto sucesivo (MÉNDEZ, 2018: 28).

[38] Así, destaca MÉNDEZ como los riesgos deben ser asignados al que le resulta más fácil y menos costoso —*cheapest cost avoider*— evitarlos y, con ello, evitar la producción del daño (MÉNDEZ, 2017-1: 80; 2018: 21 y 26). Al primer adquirente le hubiera bastado con inscribir para evitar la aparición de un tercero hipotecario y si no lo hizo él debe asumir los riesgos careciendo de acción frente al segundo adquirente si bien lógicamente conservando acción, penal y civil, frente al *tradens*. «En el contexto propio de una economía de mercado, dice MÉNDEZ, proteger a quien pudo evitar verse privado de su derecho mediante la inscripción a cambio de desproteger a un adquirente del titular registral que inscribe su adquisición, sabiendo que su transmitente había dispuesto a favor de alguien que decidió no inscribir, no significa solo proteger a un negligente, sino proteger a quien parasita el sistema de seguridad del tráfico jurídico castigando a quien se comporta conforme a las exigencias del sistema jurídico inmobiliario, dificultando las transacciones y perjudicando con ello a la inmensa mayoría. La protección, en este caso, del segundo adquirente que inscribe implicaría, simultáneamente, un eficaz estímulo disuasorio para quienes parasitan el sistema y, simultáneamente, para que todo adquirente de un titular registral inscribiera su adquisición y, con ello, contribuyera a dotar de seguridad los derechos y facilitar las transacciones» (MÉNDEZ, 2017-1:103; 2018: 26).

[39] Dichos supuestos en que «C» tiene conocimiento de una situación jurídico-real que revela que «A» carecía de *ius disponendi* cuando adquirió negocialmente del mismo se limitan por MÉNDEZ, como ya hemos señalado, a cuando el sistema registral, como tal, falla (es decir a las inscripciones erróneas) como sucede v.gr.: cuando el notario no detecta que el vendedor está suplantando la identidad del titular registral, autoriza la escritura y el registrador, no encontrando defecto alguno, inscribe o cuando el Registro no detecta la falsificación de un título (MÉNDEZ, 2017-1: 88; 2017-2: 603; 2018: 28) o cuando cometió un error en el tracto sucesivo (MÉNDEZ, 2018: 28).

[40] Se hace eco expresamente de esta discusión doctrinal la SAP de Salamanca (1.ª) de 30 de diciembre de 2004.

[41] Dentro de la doctrina que considera altamente improbable la figura del usucapiente de buena fe contra tabulas unos entienden que, en principio, no puede usucapirse *contra tabulas* de buena fe, pero la admiten, como excepción, cuando «por la fecha de la última inscripción se haya podido llegar al convencimiento de que han existido otras transmisiones no inscritas, o de que se ha operado una usucapión anterior» (así DE PORCIOLES, 1945: 174; DE LA RICA, 1949: 559-560). Otros autores defienden que, en teoría, puede usucapirse *contra tabulas* de buena fe, pero en su aplicación práctica, en la decisión del caso concreto, dará frecuentemente el resultado de negar la buena fe

por lo que «es difícil pero no jurídicamente imposible el que pueda haber una usucapión ordinaria *contra tabulas*» (así FENOY PICÓN, 2003: 3818-3819).

[42] AZPIAZU (1946): 737, adhiriéndose expresamente a la tesis expuesta por DE PORCIOLES, señalará, con autocita a un artículo del propio AZPIAZU publicado en 1945 en la *RCDI*, que: «Si lo que consta en el Registro no emana hacia fuera; si los derechos inscritos pueden ser desconocidos tan alegremente, ¿en qué consiste la publicidad registral, ni cuál es su fuerza? ¿No habíamos quedado en que las condiciones inscritas, las causas de nulidad, rescisión o resolución publicadas por el Registro, las cargas inscritas, etc., producirían efectos para todo el mundo? Y qué, ¿es que el dominio publicado por el Registro, siendo el más señero de los derechos reales, no ha de producir sus efectos erga omnes?».

[43] Señalaba, en efecto, este registrador que respecto de terceros hipotecarios la simple inscripción de la finca a favor de estos durante los 10 años de la usucapión ordinaria implicará que, desde ese momento, deja el poseedor de poseer con buena fe, porque, a tenor del artículo 435 del Código civil, existe un acto, que es la inscripción, que le publica al poseedor y que acredita, como pública que es, que él no ignora que posee desde entonces la finca indebidamente (VILLARES, 1947: 425 y 426). Como decimos dicho argumento de que la inscripción interrumpe la usucapión ha recibido la crítica unánime de la doctrina y así, a título de ejemplo, GARCÍA GARCÍA (2002): 156, señala, con razón, que la inscripción no interrumpe la usucapión que se está produciendo, y es necesario interrumpirla por alguno de los medios legalmente previstos. En el mismo sentido crítico con la tesis de Villares Pico vide GARCÍA VILA (2012).

[44] Si bien GARCÍA GARCÍA comparte con DE LA RICA este argumento de simetría por contra, frente a este autor, sostiene que «no se trata de calificar en cada caso la buena fe del usucapiente, sino que, siguiendo a AZPIAZU y NÚÑEZ LAGOS, entiende que el artículo 1.949 del Código civil impide que se pueda aplicar la usucapión ordinaria contra el Registro, y esto es así sin más distingos sobre la buena fe». No obstante, GARCÍA VILA (2012) critica dicho criterio de simetría considerando que «El criterio de la simetría a que hacen referencia DE LA RICA y GARCÍA GARCÍA debiera llevarles, de modo coherente con su posición, a predicar la misma diligencia en el conocimiento de la situación posesoria en el tercero del artículo 34, es decir, predicar de este una buena fe ética, cosa que ninguno de los autores hace».

[45] Junto a esos dos hipotecaristas también han defendido que el usucapiente *contra tabulas* puede ser de buena fe, entre otros, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI (1978): 487-488; MERINO HERNÁNDEZ (2014): *passim*; PETIT SEGURA (1992): 451; ROCA I TRIAS (1979): 58-59; SOLS GARCÍA (1949): 133 n. 20.

[46] De hecho, SANZ incluye en su análisis del artículo 36 LH la usucapión extraordinaria en curso; la usucapión ordinaria en curso y la usucapión ordinaria y extraordinaria consumada (SANZ, 1947: 548 y sigs.).

[47] En efecto, para SANZ, el *accipiens* siempre habrá tenido motivos suficientes para conocer la situación posesoria del inmueble. Y así, «si tomamos como tipo de diligencia la de un buen padre de familia, agravada, en principio, por tratarse de un supuesto de culpa lata, es evidente que dentro de este tipo de diligencia entrará necesariamente, en todo posible comprador de una finca, el reconocimiento y examen previo del estado físico de la misma, de su situación fiscal y de su administración y de toda la documentación referente a la misma, que difícilmente podrá suministrar por completo quien no la posea como dueño. En estas operaciones habrá de saber necesariamente, el que piense adquirirla, que la finca es poseída por otro que actúa como tal, a menos que exista mala fe por parte de este, supuesto poco probable. Si no cumple estas medidas previsoras habrá, evidentemente, culpa lata» Y, de todo ello, deduce que: «normalmente perjudicará al tercero la prescripción por haber tenido motivos suficientes para conocer la existencia de la misma» (SANZ, 1947: 552). Esta teoría ha sido justamente criticada por RODRÍGUEZ OTERO (1999): 25, porque «exige, indiscriminadamente —exista o

no un poseedor—, un examen riguroso de todas las circunstancias posibles: Registro, titulación o documentación, situación fiscal, catastro o amillaramiento, etc. Y esto no solo en los supuestos del artículo 36, sino en todos, pues ¿quién es el que sabe, a priori, por la consulta del Registro y por el examen físico de la finca, que otro la ha usucapido o no, o que la está poseyendo *ad usucapiónem*?».

[48] La teoría realista de la usucapión *contra tabulas* da primacía a la realidad jurídica frente a la apariencia registral, mientras que la teoría registralista da primacía a la apariencia registral frente a la realidad jurídica. Aquella da primacía a la postura jurídica del Tío Celedonio; esta —la registralista— descansa en el triunfo del Derecho civil en las relaciones entre usucapiente y titular registral y en la supremacía del Derecho hipotecario en las relaciones entre el usucapiente y tercero (BÉRGAMO 1946: 284-287).

[49] BÉRGAMO LLABRÉS (1946): 287 y sigs. describía al Tío Celedonio y la realidad social española de 1945 con un alegato romántico y sentimental en favor de la postura jurídica del usucapiente señalando como, frente a la fría construcción doctrinal que hace primar la apariencia registral sobre la realidad jurídica, «se levantan hechos tan notorios e innegables como la situación de extensas zonas del territorio nacional, divorciadas casi en absoluto, por desgracia, del Registro […].Y, sobre todo, se levanta la realidad del usucapiente español, personificada por dos miembros de la Comisión redactora del proyecto de ley de Reforma hipotecaria —los notarios señores Sanz y Noguera—, en la sugestiva figura del tío Celedonio. El tío Celedonio —tipo de *homo bonus et diligens*, colilla en los labios y garrote en la mano— es un técnico en sequías y cosechas, pero desconoce las excelsitudes de la posesión tabular. Confiado en la razón de su trabajo, en la santidad del legado de sus mayores y en los dictados de la opinión pública, no se preocupa de iniciarse en los secretos de una *ars hypothecaria*, que, por insondable, le infunde recelos. Se siente labrador, no personaje de un drama jurídico. Se siente usucapiente, no *prescribens adversus tabulas*».

[50] La expresión se debe a NÚÑEZ LAGOS: «Don Jerónimo» en GONZÁLEZ MARTÍNEZ (1948): 10: «Mientras tanto, al tercero no se le protege si es *homo sapiens* y solo alcanza la inmunidad por su ignorancia: *tertius insipiens*. El Registro advenía un *asylum ignorantiae*» cit. por GORDILLO (2006-1: 2366 n. 55).

[51] Así, este autor adopta una concepción ética de la buena fe siguiendo, según manifiesta, a DE LA RICA que señaló en 1949 ob. cit. 543 que: «para gozar de la protección de un sistema como el nuestro, tan influenciado por el factor ético de la buena fe, el titular inscrito no necesita ser ni un *homo ignorans* ni un *homo sapiens*: le basta ser un ciudadano corriente que haya creído honradamente al negociar sobre inmuebles y derechos reales que el Registro expresaba la verdad. Nada más. y nada menos, que eso».

[52] También ÁLVAREZ CAPEROCHIPI en la 1.ª ed. de su obra *Derecho inmobiliario registral* (1986: 140) señala, con cita de la STS de 17 de diciembre de 1984, que quien «invoque la protección tabular debe tener una diligencia mínima en la formación del estado cognoscitivo y no debe prescindir de un deber moral de averiguación», llegando a señalar el mismo autor en la 3.ª edición de dicha obra (2010: 84) como la jurisprudencia exige al tercero hipotecario una buena fe activa, es decir, «que haya agotado los medios ordinarios de investigación de la titularidad del transmitente y la verosimilitud de una realidad objetiva, que impida la utilización del Registro como instrumento defraudatorio». BLASCO (2019): 152 alude, también, a «una diligencia mínima» ya que ««no basta con que «no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro». Si así fuera, las situaciones de duda, en las que permaneciera el adquirente, estarían amparadas por la presunción de buena fe, cuando esta exige salir precisamente de tales situaciones dubitativas. Por tanto, para ampararse en la presunción de buena fe es preciso desplegar una diligencia mínima en orden a verificar la concordancia entre el contenido del Registro y la realidad jurídica».

[53] Prudencia que debe extremarse porque, como expresó DE LA RICA: «el requisito de la buena fe, en los sistemas de inscripción, es patentemente un arma de doble filo, que ha de manejarse con exquisito tacto. Un paso de más reduce el valor de los asientos

a una simple formalidad; que no vale la pena, y un paso de menos puede convertir al Registro en el auténtico burladero, que celestinee al fraude» (GORDILLO, 2006-1: 2376).

[54] Dicha posición tiene apoyo en la jurisprudencia porque señala la STS de 18 de febrero de 2005: «Un fundado estado de duda en el adquirente sobre si la titularidad del derecho que se le enajenó correspondía a su transmitente en la forma que proclama el asiento registral, elimina la buena fe (S. 7 de diciembre de 2004».

[55] Dentro de los autores que exigen una especial diligencia en el tercero adquirente podemos también señalar a ÁLVAREZ CAPEROCHIPI (2010): 477, a DÍEZ PICAZO (1995): 346, quien destaca que la buena fe no es tanto el desconocimiento, cuanto el comportamiento honesto o leal no actuando diligentemente el tercero adquirente que no ha inspeccionado la finca; y a VALLET (1973) 364 y 365, que señalará que: «La posesión por otra persona es un hecho que tiene que herir forzosamente los sentidos. Todo adquirente normalmente cuidadoso debe enterarse, y en la vida corriente así ocurre, del estado de hecho de la finca que adquiere, y, por tanto, si lo desconoce, es solo debido a su desidia, y como no ha obrado con la debida diligencia, no puede considerársele de buena fe». Entre los canonistas se ha discutido si la duda del usucapiente equivale a buena o mala fe: a favor de lo primero la Glosa, San Agustín y el Panormitano; a favor de lo segundo, siempre que se dude «no con un ligero escrúpulo sino con una creencia probable» DOMINGO DE SOTO (1967): 326.

[56] En el mismo sentido, RODRÍGUEZ OTERO (1999): 25.

[57] En contra, señala ALBALADEJO (2005): 249 que no ve «por qué va a tener que tomarse en cuenta solo la negligencia crasa e inexcusable de un hombre abandonado, y no la que «exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de la persona, el tiempo y el lugar (CC art. 1104)».

[58] Con razón sigue señalando este autor que la teoría realista de Sanz y Bérgamo que interpretan la expresión «*medios racionales y motivos suficientes*» en el sentido de que «*siempre existirán*» conduce a la *reductio ad absurdum*, al dejar en letra muerta el artículo 36 a. LH (GARCÍA GARCÍA, 2002: 140).

[59] Se adhiere a este argumento de proximidad ALBALADEJO (2005): 249 y 250, señalando que no es lo mismo que adquiera un colindante o vecino próximo que «una persona o sociedad distante que no ha tenido ocasión de conocer los datos o pormenores de la usucapión ni puede exigírsele que los tenga que conocer, pues la usucapión no es ninguna institución oficial de publicidad como es el Registro de la Propiedad, sino una institución excepcional de interpretación restrictiva y odiosa».

[60] Entre otras, RDGRN de 18 de noviembre de 2005 («BOE» de 10 de enero de 2006); RDGRN de 27 de febrero de 2006 («BOE» de 10 de abril de 2006); RDGRN de 25 de noviembre de 2006 («BOE» de 21 de diciembre de 2006); RDGRN de 19 de abril de 2010 («BOE» núm. 138, de 7 de junio de 2010).

[61] Entre otras, STS de 5 de julio de 1985; STS de 22 de septiembre de 1984 y las allí citadas; STS de 23 de junio de 1998 y las allí citadas.

[62] STS de 4 de marzo de 1988, FD 10. Doctrina recogida, entre otras, posteriormente por STS de 26 de enero de 2000 y SAP de Madrid (9.ª) de 24 de mayo de 2012.

[63] Añade dicha sentencia que: «La buena fe no solo significa —requiere— el desconocimiento total de la inexactitud registral, sino también la ausencia de posibilidad de conocer la exactitud (SS., entre otras, 14 de febrero de 2000; 8 de marzo de 2001; 7 de diciembre de 2004 —no se actúa de buena fe cuando se desconoce lo que con la exigible diligencia normal o adecuada al caso se debería haber conocido—). Un fundado estado de duda en el adquirente, sobre si la titularidad del derecho que se le enajenó correspondía a su transmitente en la forma que proclama el asiento registral, elimina la buena fe (S. 7 de diciembre de 2004, que cita la de 14 de junio de 1988)». Doctrina recogida, entre otras, por la SAP de Guadalajara (1.ª) de 24 de octubre de 2006.

[64] Así, p.e. amparan al titular registral frente al usucapiente *contra tabulas*, entre otras, las siguientes resoluciones: la STS de 21 de julio de 2006 porque en el caso enjuiciado el

titular registral (que había adquirido el inmueble por cesión de remate tras una subasta judicial) reunía todos los requisitos del artículo 34 y 36 LH y no conoció ni tuvo medios racionales de conocer el derecho del usucapiente; la STS de 21 de enero de 2014 que rechaza la usucapión *contra tabulas* porque aunque el tercero hipotecario conocía que el usucapiente poseía la finca pensaba, porque así constaba en el contrato de compraventa, que lo hacía en concepto de arrendatario y no en concepto de dueño; la SAP de Barcelona (11.ª) de 7 de julio de 2009 que rechaza la usucapión *contra tabulas* porque el tercero ni tuvo medios racionales de conocer el derecho del usucapiente ni consintió expresa o tácitamente tal posesión; la SAP de Barcelona (4.ª) de 30 de diciembre de 2009 que rechaza la usucapión *contra tabulas* porque no habían poseído en concepto de dueño durante 30 años; la SAP de Madrid (21.ª) de 16 de octubre de 2001 que niega la usucapión ordinaria *contra tabulas* porque el usucapiente no poseía de buena fe y niega la usucapión extraordinaria porque la posesión no fue en concepto de dueño; la SAP de Madrid (10.ª) de 1 de marzo de 2003 que niega la usucapión ordinaria *contra tabulas* porque el usucapiente no poseía de buena fe ni con justo título y niega la usucapión extraordinaria *contra tabulas* porque la posesión no fue en concepto de dueño; la SAP de Madrid (12.ª) de 6 de junio de 2013 que rechaza la usucapión ordinaria *contra tabulas* porque la posesión no fue en concepto de dueño y por faltar el requisito de justo título; la SAP de Madrid (25.ª) de 03 de enero de 2013 que rechaza, en el caso enjuiciado, la usucapión ordinaria y extraordinaria *contra tabulas* porque falta «la prueba de la posesión en concepto de dueño por actos de ejercicio ininterrumpido y pacífico de la posesión»; la SAP de Salamanca (1.ª) de 30 de diciembre de 2004 que niega una usucapión extraordinaria *contra tabulas* ya consumada cuando el tercero hipotecario adquirió la finca por subasta pública porque no quedó acreditado que el adquirente tuviera conocimiento efectivo ni medios racionales ni motivos suficientes para deber o tener que conocer la situación de posesión en concepto de dueño que desde hacía más de treinta años venían haciendo las usucapientes.

[65] Así, p.e. amparan al usucapiente *contra tabulas* frente al titular registral, entre otras, la STS de 22 de septiembre de 1984 si bien en un caso de usucapión extraordinaria en el que el tercero conocía la inexactitud registral y el hecho posesorio extratabular; la STS de 30 de noviembre de 1991 que admite la usucapión *contra tabulas* ordinaria porque el tercero adquirente conoció o tuvo medios racionales para conocer que el bien estaba poseído y a título de dueño por persona distinta de su transmitente sin realizar acto interruptivo durante más de 10 años; la STS de 30 de octubre de 1998 que destaca que, dada la notoriedad de la posesión a título de dueño del usucapiente, el tercero no puede alegar ignorancia sobre todo cuando este consintió dicha posesión durante más de 1 año desde su adquisición; la STS de 23 de junio de 1998 que admite la usucapión *contra tabulas* ordinaria de un derecho de vuelo por los propietarios del suelo porque el dueño y titular registral del vuelo conocía la posesión a título de dueño del vuelo por los propietarios del suelo; la STS de 23 de abril de 2012 que admite una usucapión ordinaria *contra tabulas* porque el *accipiens*, titular registral, conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer la posesión del usucapiente y ello no solo porque aquel residía en el lugar donde se hallaba la finca usucapida, sino también porque el titular registral adquirió precisamente constante un pleito de sus transmitentes contra los usucapientes en reivindicación de las fincas, razones, ambas, por las que es difícil aceptar que no conociera ni hubiera podido conocer fácilmente la posesión del usucapiente, etc.

[66] Añade este autor además en contra de la usucapión ordinaria *contra tabulas* que las normas deben interpretarse de acuerdo a la realidad social del tiempo en que han de aplicarse (art. 3 CC) por lo que no cabe seguir interpretaciones de épocas en las que más del 60% de la propiedad inmobiliaria no estaba registrada cuando actualmente lo está más del 80% (GARCÍA GARCÍA, 2002: 133).

[67] La cuestión en efecto tiene reflejos literarios. Asi en la obra *El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha*. Cap. XXIII puede leerse este dialogo entre D. Quijote y Sancho ante el hallazgo de «un buen montoncito de escudos de oro», en un «pañizuelo»: «Y

vente ahora tras de mí poco a poco […] quizá toparemos con aquel hombre que vimos, el cual, sin duda alguna, no es otro que el dueño de nuestro hallazgo. A lo que Sancho respondió: —Harto mejor sería no buscalle; porque si le hallamos y acaso fuere el dueño del dinero, claro está que lo tengo que restituir; y así fuera mejor, sin hacer esta inútil diligencia, poseerlo yo con buena fe, hasta que por otra vía menos curiosa y diligente pareciese su verdadero señor; y quizá fuera a tiempo que lo hubiese gastado, y entonces el Rey me hacía franco. —Engañaste en eso, Sancho —respondió Don Quijote—; que ya que hemos caído en sospecha de quién es el dueño cuasi delante, estamos obligados a buscarle y volvérselos; y cuando no le buscásemos, la vehemente sospecha que tenemos de que él lo sea nos pone ya en tanta culpa como si lo fuese. Así que, Sancho amigo, no te dé pena el buscalle, por la que a mí se me quitará si le hallo».

[68] DE LA RICA (1949): 557-558; GARCÍA GARCÍA (2002): 132-133. Así, añade DE LA RICA (1949): 557-558, que si al titular inscrito, para considerarle de buena fe y ser mantenido en su adquisición, se le exige una buena fe pluscuamperfecta, esto es, que ignore el hecho posesorio ajeno y que no haya habido motivos suficientes o causas racionales para poder conocerlo, al usucapiente también debe exigírsele, por lo menos, la diligencia de un buen padre de familia, o sea, conocer el estado registral de la finca adquirida, y si lo ignora voluntariamente o si lo conoce y el Registro le advierte el dominio inscrito ajeno, tampoco deberá ser reputado poseedor de buena fe.

[69] La expresión «*tío usurpador*» se debe a GARCÍA GARCÍA (2002): 129. En todo caso, comparto con GALLEGO DEL CAMPO (2004): 2655, la apreciación de que en la confrontación entre prescripción y Registro «subyace, además, un problema ético: el enfrentamiento entre un titular tabular que accede al Registro cumpliendo todos los presupuestos de legalidad, y un usucapiente que aspira a adquirir el dominio a través de actos usurpatorios o que, en el mejor de los casos, dispone únicamente de un título de validez claudicante».

[70] Con la expresión «*tío Celedonio*» se refería la doctrina de mediados del siglo pasado al agricultor sin título inscrito y escasos conocimientos jurídicos o en palabras un poco crueles de BÉRGAMO LLABRÉS (1946: 287): «tipo de *homo bonus et diligens*, colilla en los labios y garrote en la mano— (que) es un técnico en sequías y cosechas, pero desconoce las excelsitudes de la posesión tabular». DE PORCIOLES (1945: 188) lo representa «con su clásico atuendo de labrador atento a sus cosas, afanoso por sus tierras, pero completamente divorciado de Notarías y Registros y sin más preocupación burocrática que la de pagar o quizá mejor, no pagar las cargas fiscales». Así pues, con dicha expresión se referían los legisladores de 1944 y la doctrina de mediados de los años 50 del siglo pasado (p.e. por NÚÑEZ LAGOS (1945): 18; BÉRGAMO LLABRÉS (1946): 287: DE PORCIOLES (1945): 188) al agricultor sin título inscrito que en la mayoría de los casos sería el futuro usucapiente *contra tabulas* frente a un «listillo» que había inscrito su título. *Vide* más ampliamente sobre dicho «tío Celedonio» GARCÍA VILA (2012) que destaca como «la doctrina moderna (p.e. GARCÍA GARCÍA) pone en cuestión la figura del "tío Celedonio" señalando que es una ofensa al moderno agricultor».

[71] Como señala GARCÍA GARCÍA (2002): 128 y 129 en las zonas rurales actualmente el tío Celedonio es más bien un invasor o perturbador de propiedades abandonadas de propietarios ausentes y no un representante del nivel medio del hombre del campo y en las ciudades, en las que la práctica totalidad de las fincas figuran inscritas en el Registro, el Tío Celedonio ya no existe.

[72] DE PORCIOLES (1945): 188 describía en forma gráfica al usucapiente como un personaje «sin más preocupación burocrática que la de pagar o quizá mejor, no pagar las cargas fiscales». En todo caso, entiendo con GALLEGO DEL CAMPO (2004): 2702-2703, que, en principio, no puede poseer a título de dueño el usucapiente que incumple sus obligaciones fiscales con relación al inmueble consintiendo que sea el titular registral quien los abone y ello porque, como señala este autor, el derecho de propiedad, desde

una visual constitucional, tiene una función social que forma parte del contenido esencial del dominio y se configura y protege como un haz de facultades, pero también como un conjunto de derechos y obligaciones que forman parte del estatuto de la propiedad y su estructura interna, obligaciones entre las que se encuentran la satisfacción de las obligaciones fiscales.

[73] Pensemos en fondos de inversión inmobiliaria que compran consultando el Registro pero sin ver la finca, pero también en otro grupo de personas que compran legítimamente sin conocer la situación posesoria de la finca como son aquellos que bajo el ambiente de especulación, compran «en forma más o menos expedita, dado el apremio que provoca el alza posible, el negocio en perspectiva, el valor que se atribuye a la economía de tiempo, y la confianza en el Registro, pues para esto, o sea, para facilitar las transacciones inmobiliarias, fue creada esta institución, aparte de la fe que le puede inspirar la persona del vendedor, fortalecida por el temor que inspira el Código penal» (ROCA SASTRE, 2008: 456).

[74] Así, sigue destacando ARRUÑADA, que el Registro «al asegurar la propiedad, da a los propietarios confianza para invertir, pues ya no necesitan gastar recursos en proteger la posesión de sus bienes y hacer valer sus derechos», «al clarificar quién ostenta los diversos derechos sobre cada propiedad, elimina las asimetrías o desigualdades informativas que causan costes de transacción al contratarlos» y «al definir quién es el propietario de cada inmueble y qué cargas lo gravan, hace posible que los inmuebles se usen como garantía, lo que elimina el riesgo de insolvencia y abarata el crédito».

[75] Destaca MÉNDEZ GONZÁLEZ como la fe pública registral no se limita ni se reduce, como se pretende reducir por la concepción doctrinal y jurisprudencial dominante (MÉNDEZ, 2017-1: 17 y sigs.; 21 y sigs., 33-34), a legitimar, en ciertos casos de doble disposición y en aras de la protección de los asientos registrales y de la seguridad del tráfico jurídico, adquisiciones *a non domino*, sino que se extiende también a otras funciones en los supuestos ordinarios de ausencia de doble disposición como serían: suministrar al mercado un legitimado para disponer (MÉNDEZ, 2017-1: 35-40); generar abstracción registral —o inoponibilidad de excepciones *ex iure tertii*— en un sistema causal (MÉNDEZ, 2017-1: 40-49); invertir las reglas de protección de terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe (MÉNDEZ, 2017-1: 49-51), y supone el reconocimiento por el Estado de una titularidad *in rem* a favor del adquirente (MÉNDEZ, 2017-1: 51-61). Además, como consecuencia de las funciones referidas, la fe pública registral produciría los siguientes efectos: ahorrar a los adquirentes potenciales costes de información y, por tanto, de transacción; permitir superar el dilema entre seguridad de los derechos y seguridad del tráfico jurídico, haciendo que los derechos sean, simultáneamente, más seguros y más fácilmente transmisibles; coadyuvar a la efectividad de las resoluciones judiciales y administrativas y disminuir incertidumbres para el adquirente y, en consecuencia, aumentar el valor de los bienes (MÉNDEZ, 2017-1: 34-67, 11-12, 17 *et passim*). Como es obvio, añadimos, todos esos beneficios de la fe pública se frustrarían si, en lugar de a los asientos registrales, tuviéramos que atender a posesiones extratabulares en las que el usucapiente prefiere olvidar que existe el Registro de la Propiedad obrando de espaldas a él como si dicha institución no existiese. Es más, como destaca MÉNDEZ, las exigencias y plazos de la usucapión son incompatibles con la dinámica y exigencias propia de una economía de mercado (MÉNDEZ, 2017-1: 12, 20-21, 37, 60) siendo «conceptualmente contrasistemática» (MÉNDEZ, 2017-1:112; 2018: 33) porque en una economía de mercado, que implica una contratación impersonal, es preciso conocer con seguridad la identidad de los legitimados para disponer y las cargas que pesan sobre los inmuebles y es preciso conocer con certeza las consecuencias, o ausencia de consecuencias, derivadas de las causas de ineficacia de los actos y contratos anteriores relativos al mismo bien eliminando, al menor coste posible, incertidumbres sobre las titularidades, cargas y vicios de anteriores negocios precedentes sobre el mismo bien (MÉNDEZ, 2017-1: 20 y 25-28). Y esa seguridad y certeza solo la puede proporcionar la fe pública registral

en la concepción amplia que defiende este autor, a la que nos adherimos, y los asientos del Registro; no los usucapientes *contra tabulas* que solo introducen incertidumbres en el sistema para adquirentes, propietarios y acreedores por lo que, también en esa misma medida, encarecen la contratación y el crédito hipotecario (MÉNDEZ, 2017-1: 66).

[76] Así, señalará este autor que: «resulta una manifiesta inmoralidad que un titular conserve la propiedad a pesar de su continuada renuncia al goce del bien. Así, mientras unos muchos se mueren de hambre (y aunque parezca increíble, en pleno siglo XXI, todavía millones de seres humanos simplemente mueren por esa causa terrible e inicua […]), otros pocos quieren "mantener el dominio" a pesar de que no les interesa su uso, y probablemente estén más dedicados a seguir con la acumulación de riquezas».

[77] Así, considera este autor en posición criticable que en un mundo sin usucapión tendrían lugar «gravísimos efectos sociales y económicos, pues muchos ciudadanos quedarían imposibilitados de acceder al dominio a pesar de contar con una posesión largamente consolidada; y ante ello no habría fórmula alguna que permita titularlos. La propiedad quedaría absorbida en pocas manos y no habría distribución de la riqueza; único mecanismo para que la sociedad organizada a través de un Estado sea viable. En efecto, si la inmensa mayoría no tiene nada, entonces tampoco tiene motivación para defender ese orden social, y más bien los disturbios y revoluciones se vuelven cosa común con grave peligro para la estabilidad» (GONZALES BARRÓN, 2012: 3).

[78] Miguel DE CERVANTES SAAVEDRA, *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha*. Cap. XXIII («De lo que le aconteció al famoso don Quijote en Sierra Morena, que fue una de las más raras aventuras que en esta verdadera historia se cuenta»). En el fondo, añadimos, recuerda lo que en el ámbito penal se denomina, «ignorancia deliberada» (willful blindness) recogida, entre otras, por la STS —Sala 2.ª— de 2 de diciembre de 2009 que señala que en determinados delitos como el blanqueo de capitales «*existe un deber de conocer que impide cerrar los ojos ante las circunstancias sospechosas*».

[79] Expresiones que recoge GORDILLO de NÚÑEZ LAGOS que señalaba que: «La protección del tercero en el artículo 34 se convertía en el principio de fe pública. Mas al tercero, por extraña simbiosis, le salió el hongo de la buena fe. Aunque faltaba el texto de la Ley (se refiere al originario artículo 34 que no recogía expresamente este requisito) se invocaba la exposición de motivos y la jurisprudencia del Tribunal Supremo…» [NÚÑEZ LAGOS, en «Don Jerónimo», *ob. cit.* 10 cit. por GORDILLO, 2006-1.: 2353 n. 9].

[80] Como afirmaba DE LA RICA (1949): 541, «Aunque la buena fe no constituya un principio hipotecario, que en verdad no lo es, sino un presupuesto de toda protección legal […] nadie niega que las inmunidades y beneficios de la institución no pueden alcanzar ni dispensarse a la mala fe conocida o demostrada, fraudes, estafas, dolos y cualesquiera maquinaciones insidiosas no deben hallar derecho de asilo en los libros y folios regístrales».

[81] Destaca dicha evolución que media entre la promulgación del Código civil (1889) y de la LH (1946) MÉNDEZ GONZÁLEZ, evolución que en su opinión debería llevar, con relación a la propiedad inscrita, a una prevalencia de la LH sobre el del Código civil y a interpretar este Código desde la perspectiva de aquella Ley y no viceversa (2017-1: 12, 16, 24 *et passim*), al señalar como: «mientras el del Código civil responde a las necesidades propias de una economía prevalentemente agraria, en la que predomina la contratación personal, de ámbito más reducido, menor frecuencia contractual, menores asimetrías informativas, menores incertidumbres, y, por lo tanto, menor necesidad de solventarlas, la LH, sin embargo, responde a las necesidades propias del desarrollo de los mercados hipotecario e inmobiliario en una sociedad que, en el momento de su promulgación, evolucionaba hacia la economía de mercado, caracterizada por la contratación impersonal, que, a su vez, presenta como rasgos distintivos, un ámbito más amplio, mayor frecuencia contractual, mayores asimetrías informativas, y, por lo tanto, mayores incertidumbres, las cuales generan una mayor necesidad de ser despejadas para que la contratación sea posible. Y eso es, precisamente, lo que hace la LH, especialmente mediante la introducción

de la denominada fe pública registral. De ahí que el Código civil remita a la misma para imponer su prevalencia en materia inmobiliaria» (MÉNDEZ, 2017-1: 12-13; insiste en dicha idea en 23-24, 72-73 *et passim*).

[82] Como señala la SAP de Las Palmas (4.ª) de 18 de marzo de 2014 «De la prueba practicada no puede concluirse que el Banco actuara de mala fe. El recurrente posee diversos servicios pero no para conocer la situación de las fincas, pues para ello y dotar de seguridad al tráfico jurídico, se creó el Registro de la Propiedad».

[83] Como resalta MÉNDEZ el Código civil, en su regulación, parece estar pensando en una contratación intragupal, que es predominantemente personal, es decir entre conocidos, mientras que la LH trata de dar respuesta a las necesidades propias de una sociedad en busca de la modernidad, sociedad en la que rige la libertad de comercio, la economía de mercado y su característica inevitable: la contratación impersonal (MÉNDEZ, 2017-1: 25, 73 *et passim*) no debiendo olvidar que «en nuestra sociedad, los ámbitos en los que rige la economía de mercado, caracterizada por la contratación impersonal y sus incertidumbres inherentes, constituyen la regla y no la excepción» (MÉNDEZ, 2017-1: 29).

[84] Señalaba DE PORCIOLES (1945): 188 y 189, que en la Comisión para la reforma de 1944-1946, al afrontar la usucapión *contra tabulas* existió «una recíproca transacción aprobada por unanimidad» entre quienes sostenían que a la vista de «la situación especial de nuestro agro, el nivel cultural y hábitos jurídicos en grandes zonas del territorio nacional, la prescripción *contra tabulas* debía ser reconocida en todo caso, salvo en los derechos espiritualizados, como la hipoteca» y quienes sostenían «que la prescripción contra el Registro, no podía perjudicar a terceros».

[85] Señala GALLEGO DEL CAMPO (2004): 2707-2708 que: «El artículo 36 LH consagra la prevalencia de los intereses del usucapiente sobre los pronunciamientos del Registro, de un modo que resulta hoy incompatible con la realidad económica del país: internacionalización de la economía, mercado desarrollado y dinámico, preeminencia de la propiedad urbana e industrial, ingreso de la actividad agrícola en los circuitos del capitalismo moderno, demanda de seguridad jurídica formal, penetración del sistema registral en la conciencia jurídica del país, disminución del peso del sector agrario, proceso irreversible de urbanización… Por el contrario, en materia de usucapión, la ley de reforma de 1944-46 asienta sus bases ideológicas en un ruralismo castizo [se refiere a la figura ya examinada del Tío Celedonio] y en una visión estática y conservadora del acontecer económico».

[86] Señalaba VALLET (1973): 334, con cita de PELAYO HORE que en la propiedad inmobiliaria: «parece mejor proteger lo estático, aunque sea a riesgo de lo dinámico. El que se decide a comprar o a constituir un derecho real es un ser que rompe la inercia del orden establecido, es un hombre que se embarca en una aventura que, como todas, tiene sus riesgos, y es justo que si los riesgos se producen, sea quien los soporte el mismo aventurero que los buscó; en cambio, el propietario actual, que no piensa vender ni hipotecar, es un hombre que rehúye todo peligro, que aborrece la aventura, y parece natural que la ley proteja, hasta sus últimas consecuencias, esa situación estable y consolidada». Lo mismo, entiendo, cabría decir del usucapiente *contra tabulas*: es un personaje que quiere romper la inercia del orden registral establecido y se embarca en una aventura (la de poseer extratabularmente por razones, en muchos casos, ilegítimas) que, como todas, tiene sus riesgos por lo que es justo que si los riesgos se producen los soporte el mismo aventurero que los buscó.

[87] Así p.e. elogiaba NUÑEZ LAGOS (1945): 17-18 el artículo 36 LH señalando que contiene «una flexible fórmula armónica» y «una maravilla de ponderación y armonía».

[88] Así, señala RODRÍGUEZ OTERO (1999): 27, recogiendo un argumento de SANZ FERNÁNDEZ que la expresión «prescripción consumada» constituye un barbarismo o un vulgarismo jurídico, porque analizada la prescripción, «existe en ella una causa—la posesión de hecho—, que, con ciertos requisitos —buena fe y justo título—, o sin ellos, y continuada por más o menos tiempo, según existan o no estos requisitos, produce un resultado: la usucapión. En tanto no se ha llegado a este resultado existe simplemente

un estado de hecho, una posesión más o menos cualificada, pero en modo alguno puede hablarse de prescripción, aunque se la quiera llamar en curso». En contra, entiende GALLEGO DEL CAMPO (2004): 2675-2676 que el argumento no puede aceptarse porque los textos legales (art 1939 CC; 36 LH) y paralegales (Preámbulo de Proyecto de LH de 1944 o antiguo art. 35) utilizan el término prescripción para referirse a la usucapión comenzada y en curso.

(Trabajo recibido el 4-3-2020 y aceptado para su publicación el 18-5-2020)

DERECHO COMPARADO

Efectos del incumplimiento del contrato de gestación por sustitución compensada en la filiación establecida por sentencia*

Effects of a breach of the compensated surrogacy contract on the filiation established by judgment

por

MARÍA JOSÉ CABEZUDO BAJO
Profesora titular de Derecho procesal
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

RESUMEN: Un estudio exhaustivo de las consecuencias de la inobservancia del contrato de gestación por sustitución en relación con la filiación resulta complejo. El contenido que ha de tener cada contrato y los efectos de su incumplimiento se rigen por la ley del lugar de celebración del contrato y cada Estado ha regulado la gestación por sustitución conforme a su política legislativa. De todos los modelos existentes, en este trabajo,

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación titulado «Avances en la regulación española sobre la gestación por sustitución conforme al Derecho comparado», IMIENS 2019-004 financiado por el IMIENS (Instituto Mixto de Investigación-Escuela Nacional de Sanidad), cuyos IPs son María José CABEZUDO BAJO y José María ANTEQUERA VINAGRE.

tomaremos como referencia el ordenamiento jurídico de aquellos Estados que han previsto un sistema de gestación por sustitución con compensación y cuya filiación resultante se establece mediante sentencia.

Sobre la base de este modelo elegido, la cuestión que nos planteamos es si cualquiera de las partes puede incumplir alguna de sus cláusulas, con el propósito de alterar la piedra angular del mismo, esto es, el establecimiento de la filiación en favor de los padres de intención ante la renuncia libre e informada de la mujer gestante.

Ante esta cuestión, el objetivo de este trabajo es suministrar argumentos que contribuyan a fundamentar que el incumplimiento de alguna de las cláusulas de un contrato de gestación por sustitución por alguna de las dos partes firmantes no puede implicar un cambio en el establecimiento de la filiación. Y, ello, porque, si la modificación caprichosa del parecer de la mujer gestante o de los padres intencionales se permitiese tras su firma, se socavaría la previsibilidad del contrato de gestación por sustitución.

Tras dicho análisis expondremos unas conclusiones preliminares, habida cuenta que el logro de una respuesta más concluyente, exigiría adicionar al debate el análisis de los efectos por el incumplimiento del conjunto de las cláusulas comprendidas en un contrato de gestación por sustitución que inciden en la filiación y, en todo caso, implicaría el estudio pormenorizado de las consecuencias del incumplimiento del contrato de gestación por sustitución en relación con la filiación en todos y cada uno de los ordenamientos jurídicos nacionales de referencia que hemos elegido, lo que haremos en trabajos futuros.

ABSTRACT: An comprehensive study of the consequences of the non-observance with surrogacy contract in relation to filiation is complex. The content of each contract and the effects of non-compliance are governed by the law of the place where the contract is concluded and each State has regulated surrogacy in accordance with its legislative policy. From all the existing models, in this work, we will take as a reference the legal system of those States that has provided for a compensated surrogacy process and whose resulting affiliation is established by judgment.

Based on this chosen model, the question we ask ourselves is whether any of the parties can breach any of its clauses, with the purpose of altering its cornerstone, that is, the establishment of filiation in favor of the parents of intention under the free and informed resignation of the gestational carrier.

Faced with this question, the objective of this work is to provide arguments that help to substantiate that the breach of any of the clauses of a surrogacy contract by one of the two signatory parties cannot imply a change in the establishment of the affiliation. The reason is that if the capricious modification of the opinion of the gestational carrier or the intentional parents were allowed after their signature, the predictability of the surrogacy contract would be undermined.

After this analysis, we will present some preliminary conclusions, given that achieving a more conclusive answer would require further research on the effects of non-compliance with all affecting-filiation clauses included in a surrogacy contract and, in any case, it would imply a detailed study of the consequences of the breach of the surrogacy contract in relation to the affiliation in each and every one of the national legal systems of reference that we have chosen, which we will do in future works.

PALABRAS CLAVE: Gestación por sustitución. Padres de intención. Mujer gestante. Acuerdo de reproducción asistida de gestación por sustitución. Incumplimiento del contrato. Filiación.

KEY WORDS: Surrogacy. Intended parents. Surrogate. Assisted reproduction agreement for gestational carriers. Breach of contract. Filiation.

SUMARIO: I. JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO.—II. CRITERIOS PARA LA ELECCIÓN DEL MODELO DE REFERENCIA: 1. Similitudes con las TRHA reguladas y autorizadas: carácter altruista con compensación: *A) Carácter contractual de la donación de gametos y preembriones. B) Consentimiento informado. C) Exclusión del arrepentimiento o revocación en el consentimiento para la aplicación de las TRHA. D) Donación altruista con compensación. E) Aspectos relativos a la filiación acordada y sin posibilidad de revocación.* 2. La regulación de la gestación por sustitución nacional y transfronteriza en el contexto de las TRHA: establecimiento de la filiación mediante sentencia: *A) Contrato de gestación por sustitución celebrado en España. B) Contrato de gestación por sustitución celebrado fuera de España.*—III. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: 1. Requisitos subjetivos: las partes del contrato. 2. Requisitos objetivos, formales y temporales.—IV. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA SOBRE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN RELACIÓN CON LA FILIACIÓN.—V. CONCLUSIONES.—VI. RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO

La gestación por sustitución (en adelante, GS) es un tema muy controvertido que ha generado un amplio debate doctrinal[1] en el que se han

planteado y analizado cuestiones esenciales, de esta TRHA (en adelante, técnica de reproducción humana asistida), de naturaleza médica, psicológica, ético-jurídica y económica, que denota las muy distintas posiciones desde las que puede enfocarse esta técnica y las diversas posturas a las que se puede llegar. De todos estos aspectos, nosotros nos centraremos en las consecuencias del incumplimiento del contrato de gestación por sustitución previsto en aquellos Estados que establecen un modelo de *surrogacy* con compensación y, en concreto, de aquellas cláusulas cuya inobservancia podría incidir sobre la filiación acordada por las partes en dicho contrato.

Con carácter previo al desarrollo de los objetivos de este trabajo, justificaremos este estudio mediante el desarrollo de cinco cuestiones. Comenzaremos con la exposición del estado de la cuestión acerca del objeto de nuestro trabajo. Esta explicación, nos posibilitará, en segundo lugar, la identificación del principal problema que, a nuestro juicio, podría suscitar el incumplimiento de este contrato. Seguidamente, estableceremos nuestra hipótesis de partida sobre cómo solucionarlo, la metodología que utilizaremos y, finalmente, desarrollaremos las tareas necesarias para alcanzar el objetivo de este trabajo, lo que nos permitirá alcanzar unas conclusiones preliminares con las que podremos confirmar provisionalmente tal hipótesis.

Para comenzar con el estado de la cuestión, hemos de señalar que, un estudio exhaustivo de las consecuencias de la inobservancia del contrato de gestación por sustitución en relación con la filiación resulta complejo. El contenido que ha de tener cada contrato y los efectos de su incumplimiento se rigen por la ley del lugar de celebración del contrato y cada Estado en que puede firmarse un contrato ha regulado la gestación por sustitución conforme a su política legislativa. Ciertamente la piedra angular de todo contrato de GS firmado entre los padres de intención (en adelante, PIs) y la mujer gestante, con independencia de su lugar de celebración, es el establecimiento de la filiación del menor. Sin embargo, el modo en que puede acordarse dicha filiación en cada contrato dependerá de cómo el *Surrogacy Law* de cada Estado, en su conjunto, regule o, en su caso, establezca dos cuestiones.

La primera se refiere a la filiación misma, porque, por ejemplo, unos Estados la establecen en favor de los PIs antes del nacimiento del menor y otros después, lo que conlleva, en este segundo caso, que la mujer gestante no pueda cambiar su criterio tras el parto en relación a la renuncia previa a la filiación que firmó en el contrato. En tales casos, el contrato deberá redactarse conforme a la normativa que lo ampara. Pero, incluso, habiendo acordado la filiación en favor de los PIs tras la renuncia libre e informada de la mujer gestante en un Estado que no permita legalmente el arrepentimiento de la gestante y, desde luego, el de los PIs, pudiera ocurrir que la mujer gestante e, incluso, los PIs cambien de parecer sobre la filiación y, en

consecuencia, tenga lugar un incumplimiento en virtud del cual, la mujer gestante, pretenda asumir las obligaciones derivadas de la filiación a la que había renunciado, o los PIs intenten renunciar a los deberes derivados de la filiación que habían asumido.

La segunda cuestión alude a un conjunto de cláusulas relativas a aspectos médicos o jurídicos, que las partes han de incorporar al contrato para su cumplimiento durante la vigencia del mismo y cuya inobservancia podría incidir sobre la filiación. Es el caso, por ejemplo, de que las partes, habiendo pactado, conforme al correspondiente *Surrogacy Law*, que la mujer gestante no viajara en los últimos meses de gestación fuera de su Estado a otro lugar donde la GS no estuviera permitida, lo hiciera y el bebe naciera fuera del Estado establecido; o que los PIs hubieran acordado el nombramiento de un tutor para el menor en caso de muerte de los PIs y no lo hicieran y tuviera lugar este trágico hecho; o que convinieran la transferencia de un número de preembriones con la condición de reducir uno de ellos en caso de riesgo médico a lo largo de la gestación y la mujer gestante, aun habiendo riesgo médico, decidiese no reducir feto alguno con la intención de asumir su filiación; o que, en caso de malformaciones para el feto, hubieran acordado que la mujer gestante abortase, dentro de la legalidad del ordenamiento jurídico del Estado del lugar de celebración, y finalmente no lo hiciera y pretendiera asumir la filiación.

De acuerdo con ello, el incumplimiento del contrato y, en particular, de tales cláusulas incidirá sobre la filiación, pero, en todo caso, las consecuencias podrán variar en función de las previsiones legislativas y, en su caso, jurisprudenciales establecidas en cada Estado.

En este sentido, en el ámbito de las técnicas de reproducción humana asistida, los Estados han ido regulando el contrato de gestación por sustitución con un diferente alcance, de acuerdo a sus políticas legislativas. Excedería de nuestro trabajo el estudio de tales efectos respecto de cada uno de los ordenamientos jurídicos en cuyo marco pudiera celebrarse el contrato de gestación por sustitución. Sin embargo, sí sería factible hacerlo de un grupo de ellos. Para elegirlo, partiremos de los modelos existentes y tomaremos en cuenta el que se encuentre en mayor consonancia con el ordenamiento jurídico español, tanto en relación con las TRHA reguladas y autorizadas, como respecto a la gestación por sustitución, como TRHA no autorizada pero tolerada.

Para ello, partiremos del Informe Preliminar de 2012 sobre «*The issues arising from International Surrogacy Arrangements*» emitido por la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado[2], en virtud del cual se han distinguido cuatro modelos de *surrogacy*, que son los siguientes: en primer lugar, aquellos que han establecido legalmente la prohibición del contrato de *surrogacy*, como Alemania o España; por otro

lado, los que no han regulado expresamente la *surrogacy* pero tampoco la han expresamente prohibido, como algunos territorios de Australia o Brasil; asimismo, aquellos que expresamente han permitido y regulado ciertas formas de *surrogacy*, como alguna provincia de Canadá (Alberta) o de México (Tabasco); y, finalmente, y en cuarto término, los que, con un enfoque más permisivo, incluyen la *surrogacy* comercial, porque establece una compensación, como acontece en un gran número de Estados en USA, como indicaremos seguidamente.

De todos ellos, excluiremos el primero, por motivos obvios ya que el acuerdo de GS es nulo o está prohibido, y elegiremos el cuarto modelo que establece una gestación por sustitución con compensación porque consideramos que es la que más se alinea con la regulación de las técnicas de reproducción asistida reguladas y autorizadas en España mediante la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA), que establecen su uso altruista con compensación, tal y como desarrollaremos en el punto II.

Como hemos indicado anteriormente, los Estados que establecen un modelo de *surrogacy* con compensación se encuentran esencialmente en USA, pero también en Ucrania o Rusia. De ellos, tomaremos exclusivamente como referencia USA porque en los Estados en los que está permitida o se practica la *surrogacy*, la filiación se establece, en todos ellos, mediante sentencia. Esta sería la segunda nota característica, junto con la compensación anteriormente indicada, de los Estados de referencia elegidos que está en sintonía con el ordenamiento jurídico español. En concreto, este segundo caso se sitúa en línea de la regulación de la GS no solo de carácter transfronterizo sino también de naturaleza nacional. En este sentido, como explicaremos en el punto II, esta garantía judicial es la que exige precisamente la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 cuya vigencia es respetada por la Instrucción de la DGRN de 8 de febrero de 2019, para ser aplicadas a los casos de gestación por sustitución transnacional: el Estado de origen ha de establecer la filiación mediante sentencia para que sea posible el reconocimiento incidental de dicha resolución judicial. Y, ello, sin olvidar la posibilidad de establecer la filiación en favor, al menos, del padre intencional mediante sentencia en los casos de GS nacional, en virtud del artículo 10.3 LTRHA.

A este respecto, hemos de comenzar señalando que no en toda USA la *surrogacy* está autorizada. Por el contrario, cabe indicar que, de los 50 estados que conforman USA, en unos la *surrogacy* está prohibida como en Michigan; en otros, el contrato entre los *intended parents* (en adelante, *IPs*) y la *surrogate* es nulo por lo que no se puede ejecutar, si bien la *surrogacy* se practica porque los tribunales dictan sentencias de paternidad, como en Arizona; un tercer grupo se compone de Estados que la permiten pero que pueden requerir

de procedimientos legales posteriores, como Illinois; y, finalmente, algunos Estados la permiten y se garantiza una *PBOrder* (en adelante, *PBO*) de paternidad en favor de los *IPs.* De todos ellos, nos centraremos esencialmente en el cuarto grupo porque, junto con el hecho de que la filiación se establece mediante sentencia, son Estados *Pre-Birth* (en adelante, *PB*), esto es, dicha sentencia se dicta antes del nacimiento del menor, lo que constituye una garantía adicional que otorga mayor seguridad a las partes y, esencialmente al menor porque cuando nace no lo hace en medio de un conflicto familiar, sino que su filiación ya está determinada legalmente.

En concreto, nos referimos a Nevada[3], California[4], Connecticut[5], Distrito de Columbia[6], Delaware[7], Maine[8], New Jersey[9], New Hampshire[10], Washington[11] y Vermont[12]. Tales Estados regulan los requisitos que han de contenerse en el contrato de gestación por sustitución en su respectivo *Surrogacy Law*. Del estudio de tales ordenamientos jurídico cabe extraer las siguientes conclusiones esenciales y comunes a todos ellos: 1) la gestación por sustitución es susceptible de acuerdo a través de este contrato de GS y, por ello, es un contrato válido si se cumplen los requisitos establecidos en su *Surrogacy Law*; 2) las partes han de consentir de forma libre y voluntaria en la celebración del contrato con el contenido acordado, especialmente, en lo relativo a la filiación establecida en favor de los *IPs* tras la renuncia libre e informada de la mujer gestante; 3) se excluye legalmente la posibilidad de arrepentimiento o revocación del consentimiento dado en dicho contrato; 4) se establece una compensación razonable por la gestación dirigida a la mujer gestante; 5) la filiación se acuerda y se establece conforme a dicho acuerdo sin posibilidad de revocación y posteriormente se valida el contrato mediante sentencia; de hecho, para dificultar este cambio de posición respecto a lo firmado en el contrato es por lo que estos Estados establecen una *Pre-Bird Order* (en adelante *PBO)*.

Expuesto lo anterior, lo cierto es que, como en cualquier otro contrato, las partes puede que incumplan algunas de sus cláusulas tras haberlo firmado de forma libre y habiendo sido informado de las consecuencias de su celebración. Así, por ejemplo, y como ya expusimos anteriormente, es posible que en el contrato se haya establecido la transferencia de tres preembriones y la reducción de uno de ellos si durante el embarazo se acreditase riesgo para la salud de la mujer gestante y, concurriendo dicho riesgo, la mujer gestante no accediera a dicha intervención con el fin de asumir la maternidad del futuro bebé; que los padres de intención se nieguen a asumir la filiación establecida en el contrato si tras una amniocentesis se indique una elevada probabilidad de que el concebido tenga síndrome de Down; o que la mujer gestante decida dar a luz en un Estado, distinto del acordado en el contrato, que no autorice la GS, con el propósito de ser su madre legal. Ciertamente, ha sido infrecuente en los Estados anteriormente mencionados

el incumplimiento de este tipo de cláusulas que pudieran provocar un cambio en la filiación pactada en el contrato conforme al *Surrogacy Law,* que no puede ser otra que la asumida por los IP tras la renuncia a ella de la mujer gestante. Sin embargo, dado que han surgido conflictos en alguna ocasión y, asimismo, ante la relevancia que este tema plantea en aquellos Estados, como España, en los que se establece la nulidad del contrato de GS porque *mater semper certa est*, es por lo que queremos destacar el problema que exponemos seguidamente.

En este sentido, la cuestión que nos planteamos es si, conforme al modelo de referencia elegido, cualquiera de las partes puede incumplir alguna de sus cláusulas, con el propósito de alterar la piedra angular del mismo, esto es, el establecimiento de la filiación en favor de los padres de intención ante la renuncia libre e informada de la mujer gestante.

Nuestra hipótesis es que el incumplimiento de alguna de las cláusulas de un contrato de gestación por sustitución por alguna de las dos partes firmantes no puede implicar un cambio en el establecimiento de la filiación. Y, ello, porque, si la modificación caprichosa de parecer de la mujer gestante o de los padres intencionales se permitiese tras su firma, se socavaría la previsibilidad del contrato de gestación por sustitución.

La metodología que utilizaremos para confirmar provisionalmente nuestra hipótesis de trabajo es esencialmente, el Derecho comparado y, particularmente, el *Surrogacy Law* de aquellos Estados donde se ha previsto un modelo de GS con compensación cuyo resultado es el establecimiento de la filiación mediante sentencia en favor de los *IPs*, pues es el modelo de referencia elegido para el desarrollo de este trabajo. Y, ello, como hemos indicado, habida cuenta que es el que más se acerca a la regulación española por dos motivos. El primero es porque las TRHA se regulan en España y autorizan de forma altruista con compensación. El segundo es debido a que la regulación española de la GS permite, en última instancia, la filiación en favor de los PIs siempre que una sentencia así lo establezca. Así, en el caso de la gestación por sustitución nacional, como técnica regulada y no autorizada, es posible el establecimiento de la filiación del padre intencional mediante sentencia según el artículo 10.3 LTRHA. En el supuesto de la GS transfronteriza, solo es posible el reconocimiento incidental de una sentencia extranjera de filiación en favor de los *IPs*, en virtud de las Instrucciones de la DGRN de 5 de octubre de 2010 y de 18 de febrero de 2019, si el Estado de origen estableció dicha filiación mediante sentencia. Y, en particular, nos centraremos, como ya hemos indicado, en aquellos Estados *PB* porque, como hemos señalado, son los que, a nuestro juicio, ofrecen la mayor seguridad jurídica posible a las partes firmantes y, especialmente, al menor.

Conforme a los problemas planteados, la hipótesis de partida establecida y a la metodología que utilizaremos, el objetivo de este trabajo es

suministrar argumentos que contribuyan a fundamentar que el incumplimiento de alguna de las cláusulas de un contrato de gestación por sustitución por alguna de las dos partes firmantes no puede implicar un cambio en el establecimiento de la filiación. Y, ello, porque, si la modificación caprichosa de parecer de la mujer gestante o de los padres intencionales se permitiese tras su firma, se socavaría la previsibilidad del contrato de gestación por sustitución. Para alcanzar este objetivo, llevaremos a cabo las siguientes tareas:

En primer lugar, expondremos con mayor detalle las razones por las que hemos elegido el modelo de gestación por sustitución con compensación cuya filiación se establece mediante sentencia previsto en algunos Estados de USA.

En segundo lugar, conforme a los ordenamientos jurídicos de referencia designados, que prevén una GS con compensación y la filiación resultante se fija mediante sentencia y, en concreto, dictada antes del nacimiento del menor (*PBO*), expondremos los elementos subjetivos, objetivos, temporales y formales del contrato de reproducción asistida de GS.

A continuación, analizaremos los efectos del incumplimiento del contrato de reproducción asistida de GS con compensación y, en concreto, de aquellas cláusulas que inciden sobre la filiación establecida mediante una sentencia, que es previa.

Finalmente, tras dicho análisis expondremos unas conclusiones preliminares habida cuenta que el logro de una respuesta más concluyente, exigiría adicionar al debate el análisis de los efectos por el incumplimiento del conjunto de las cláusulas comprendidas en un contrato de gestación por sustitución que inciden en la filiación y, en todo caso, implicaría el estudio pormenorizado de las consecuencias del incumplimiento del contrato de gestación por sustitución en relación con la filiación en todos y cada uno de los ordenamientos jurídicos nacionales de referencia que hemos elegido, lo que haremos en trabajos futuros.

II. CRITERIOS PARA LA ELECCIÓN DEL MODELO DE REFERENCIA

El objetivo en este apartado es justificar por qué nuestro modelo de referencia es aquel que establece un sistema de gestación por sustitución con compensación, cuya filiación se declara mediante sentencia dictada antes del nacimiento del menor, previsto en algunos Estados de USA. La razón es porque es el que más se asemeja al ordenamiento jurídico español en materia de TRHA autorizadas y de GS como TRHA, tanto de carácter nacional como transfronterizo. Para dar una respuesta más argumentada,

distinguiremos dos apartados. En el primero, analizaremos las similitudes que la regulación de las TRHA autorizadas en la Ley 14/2006, de 26 de mayo presenta en relación con los cinco elementos[13] que, a nuestro juicio, caracterizan el *Surrogacy Law* de los Estados que hemos elegido como referencia en nuestro estudio, especialmente en relación con su carácter altruista con compensación. En el segundo, expondremos que la garantía que implica el establecimiento de la filiación en favor de los *IPs* en los Estados *PB* de referencia mediante sentencia se establece asimismo en la gestación por sustitución en España. En el caso de la GS nacional, aun cuando en principio no se admite que la filiación sea susceptible de acuerdo, porque se establece la nulidad del contrato de GS (art. 10.1 LTRHA), sin embargo, es posible que se le reconozca finalmente la filiación al padre intencional mediante sentencia (art. 10.3 LTRHA). En el supuesto de la GS transfronteriza, únicamente se admite el reconocimiento incidental de la decisión extranjera si dicha resolución es una sentencia en la que se establece la filiación previamente acordada en un contrato de GS celebrado fuera de España, esto es, acepta, desde el inicio, que la filiación puede ser objeto de acuerdo siempre que posteriormente dicho acuerdo se haya validado mediante sentencia.

1. Similitudes con las TRHA reguladas y autorizadas: carácter altruista con compensación

Para poner de relieve la sintonía existente entre el *Surrogacy Law* de los Estados de USA elegidos y la regulación española de las TRHA autorizadas, vamos a centrarnos en cinco de las notas que caracterizan, desde nuestro punto de vista, su ordenamiento jurídico y, especialmente, en la relativa a su carácter altruista con compensación.

A) Carácter contractual de la donación de gametos y preembriones

El artículo 5.1 LTRHA establece que la donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial. Sin embargo, no ha establecido que, en su virtud, el/la donante renuncia a la filiación.

Probablemente una razón que llevó al legislador a no efectuar esta expresa mención pudo ser que no quiso dejar de manifiesto que, siendo esta la esencia de este contrato, la filiación es disponible cuando existe una donación de gametos y preembriones, algo que los detractores de la GS critican sin reconocer que ya existe con las actuales TRHA cuando tienen lugar tales donaciones. Ciertamente, el legislador corrobora nuestra afirmación en el ar-

tículo 8 cuando dispone que en ningún caso atribuye la filiación a los donantes y, particularmente, en el artículo 8.3 LTRHA al señalar que la «revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación». Es por ello por lo que quizá debiera haber incluido esta circunstancia, la renuncia a la filiación, al hilo de la regulación de los elementos esenciales del contrato que ha de firmar el donante de gametos o preembriones.

Conforme a lo anterior, el contrato de donación debiera celebrarse entre la donante y la usuaria de las TRHA, aun cuando la ley exija que la donación sea anónima en cuanto a que no es posible revelar su identidad, ya que ello no impediría su identificación de un modo distinto que permitiera la celebración de dicho contrato. Conforme a este contrato, el elemento esencial sería la renuncia de la filiación por parte del donante y la asunción de dicha filiación por parte de la usuaria de las TRHA y, en su caso, de su pareja. Sin embargo, conforme a la regulación actual, lo único que establece la LTRHA es la celebración de un contrato entre el donante y el centro autorizado (art. 5.4) conforme al cual, se supone, el donante renuncia a la filiación. Ni siquiera, nuestra LTRHA ha añadido la firma de un segundo contrato entre el centro autorizado y la usuaria de las TRHA en virtud del cual, se estableciese la asunción de la filiación en favor de la usuaria de las TRHA y, en su caso, su pareja.

Conforme a lo anterior, y aun cuando la legislación española no lo establece expresamente, la filiación resultante tras el uso de las TRHA autorizadas es una materia de la que se dispone por las partes, mediante contratos de donación, en virtud de los cuales, unos sujetos, los donantes, renuncian a la filiación y, otros individuos, los donatarios o padres intencionales, la asumen. Es por ello por lo que podemos afirmar que, con la aplicación de las TRHA que requieren el uso de donantes, de óvulos, esperma o preembriones, la filiación no deriva siempre de un vínculo genético entre los padres y el menor, sino de la intención de serlo.

B) Consentimiento informado

Dadas las consecuencias derivadas del uso de las TRHA, para que puedan aplicarse es preciso que, tanto las usuarias de las TRHA como los donantes, sean informados adecuadamente de los efectos de su utilización con carácter previo a la prestación de su consentimiento. Es por ello por lo que la LTRHA regula este requisito en su articulado.

En este sentido, el artículo 3.1 de la citada Ley establece que las TRHA se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posi-

ble descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación. Junto con dicho precepto, el artículo 3.3., establece que la información y asesoramiento sobre estas técnicas que deberán recibir las usuarias y los donantes habrá de extenderse a los aspectos biológicos, jurídicos y éticos y, asimismo, a las condiciones económicas del tratamiento. Además, los equipos médicos tienen la obligación de informar en las condiciones adecuadas que faciliten su comprensión (art. 3.3).

En relación con las donantes, el artículo 5.4 señala que, antes de la formalización del contrato entre los donantes y el centro autorizado habrán de ser informados de los fines y consecuencias del acto. En cuanto a las usuarias de las TRHA, el artículo 6.1 dispone que tendrán que prestar previamente su consentimiento a la utilización de las TRHA de manera libre, consciente y expresa. En concreto, entre la información que ha de recibir está, como hemos indicado anteriormente, la relativa a los posibles riesgos para ella misma durante el tratamiento y el embarazo y para la descendencia, que se pueden derivar de la maternidad a una edad clínicamente inadecuada (art. 6.2). Además, si la usuaria de las TRHA estuviera casada, necesitará el consentimiento de su marido, si no está separada legalmente o de hecho de él, con carácter previo al uso de tales técnicas y deberá cumplir los requisitos de expresión libre, consciente y formal. Paradójicamente, la LTRHA no exige que, en el caso de que la usuaria de las TRHA estuviese casada y no separada legalmente o de hecho de otra mujer, esta segunda mujer preste su consentimiento con carácter previo a la utilización de las TRHA.

En cualquiera de los casos expresamente previstos, la LTRHA exige que dicha anuencia tenga que reflejarse por escrito. En el caso de las mujeres usuarias de las TRHA, el artículo 3.4 LTRHA señala que dicho asentimiento ha de reflejarse en un formulario de consentimiento informado que refleje las condiciones concretas de la aplicación de las TRHA en cada caso. En el supuesto de los donantes, el artículo 5.4 LTRHA establece que su consentimiento habrá de llevarse a cabo en formatos adecuados en virtud de las reglas establecidas por el principio del diseño para todos, con el propósito de que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, de acuerdo con el artículo 5.4 redactado por el apartado uno del artículo 8 de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En el caso de las usuarias de las TRHA y sus maridos, el artículo 6.4 de la LTRHA dispone que la información y el consentimiento a que se refieren los apartados anteriores deberán realizarse en formatos adecuados, de acuerdo con las reglas establecidas por el principio de diseño para todos para que resultan accesibles y comprensibles para las personas con discapacidad.

C) Exclusión del arrepentimiento o revocación en el consentimiento para la aplicación de las TRHA

Resulta esencial otorgar seguridad jurídica a la realidad derivada del uso de las TRHA y, con ello, de la filiación que resulta de su aplicación. Por ello, tanto los contratos que se firman como los consentimientos que se otorgan, no solo por parte de las usuarias de las TRHA y, en su caso, de sus parejas, sino también de los donantes, no han de poder ser revocados a partir del momento en que se aplican las TRHA. De lo contrario, nadie acudiría a las TRHA para formar su familia porque la incertidumbre en su resultado resultaría intolerable para ellos. Es por estos motivos por los que la LTRHA establece distintas disposiciones en las que la idea que subyace es que no cabe el arrepentimiento o revocación en el consentimiento para la aplicación de las TRHA, una vez se han llevado a cabo o sea realmente imposible sin causar un daño irreparable.

En este sentido, del artículo 3.5 LTRHA se deriva que no cabe el arrepentimiento de la usuaria de las TRHA después de realizarse la transferencia embrionaria, porque dispone que la receptora de las TRHA podrá solicitar la suspensión de su aplicación antes de dicha transferencia de embriones y añade que dicha petición deberá atenderse. En relación con los donantes, el artículo 5.2 LTRHA establece que la donación solo será revocable cuando el donante precisase para sí los gametos donados, siempre que, como no puede ser de otra manera, en la fecha de la revocación aquellos estén disponibles. Asimismo, en tales casos, el citado precepto señala que a la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al centro receptor.

D) Donación altruista con compensación

La LTRHA ha establecido que la donación, de gametos y preembriones, ha de ser altruista con compensación.

En este sentido, el artículo 5. 3 dispone que la compensación económica resarcitoria que se pueda fijar solo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para esta. Cualquier actividad de publicidad o promoción por parte de centros autorizados que incentive la donación de células y tejidos humanos deberá respetar el carácter altruista de aquella, no pudiendo, en ningún caso, alentar la donación mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos. En concreto, dicho precepto destaca que la donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. Por otro lado, añade que el Ministerio de Sanidad y

Consumo, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación. Considerando, en principio, muy positiva la regulación de la donación en el sentido de que resulte altruista, pero con una compensación económica resarcitoria, hemos de efectuar, sin embargo, las siguientes consideraciones.

En primer lugar, entendemos que existe una contradicción entre el carácter altruista de la donación y el hecho de que el donante reciba una compensación económica resarcitoria. Y, ello, porque, o bien es altruista, o bien el donante recibe una compensación. Si se unen ambas circunstancias, estaríamos, desde nuestro punto de vista, ante una donación comercial. En efecto, si la donación es altruista, solo se paga al donante los gastos directamente derivados de la donación o lo que ha dejado directamente de recibir o ganar por efectuar la donación, como pueden ser los gastos médicos, si fuese el caso, los de desplazamiento y los laborales. Pero, si junto con ello, se le indemniza por las molestias físicas ocasionadas, habrá de pagársele una compensación resarcitoria, en cuyo caso, consideramos que podríamos estar ante una donación comercial.

Ahora bien, admitiendo por nuestra parte que se tratase de una donación comercial, lo cierto es que hemos de efectuar dos precisiones a este carácter comercial que se otorga, a nuestro juicio, a la donación en la LTRHA, derivadas del hecho de que la citada Ley establece que la compensación resarcitoria no podrá suponer incentivo económico para la donación.

La primera consiste en hacer pública, no solo la cuantía que se ha establecido por la donación de semen, óvulos y embriones, sino también cómo se ha concretado dicha cantidad, esto es, los valores utilizados y los cálculos llevados a cabo para llegar a dicho valor económico. Ciertamente, el artículo 5.3 III LTRHA establece que el Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter básico gratuito de la donación. Pero esto no sería suficiente. En todo caso, habría que fijar una cantidad que sea pagada a modo de compensación que no sea tan elevada como para que no se done únicamente por recibir la contraprestación económica. Pero este dato es relativo, porque dependerá de la capacidad económica del donante. Por ello, efectuaremos la segunda precisión.

Esta segunda apreciación consiste en asumir y exigir legalmente en la LTRHA que, si queremos que la compensación económica no suponga un incentivo económico para la donación, hemos de exigir un determinado perfil socioeconómico al donante, con el propósito de garantizar que no se trata de un sujeto vulnerable. Desgraciadamente, la LTRHA no establece ningún requisito de esta naturaleza exigible al donante. A la vista de esta regulación actual de la LTRH cabe señalar que no es suficiente con la regulación

vaga e imprecisa del artículo 5.3.II cuando señala que cualquier publicidad o promoción de la donación por los centros autorizados deberá respetar su carácter altruista no pudiendo, en ningún caso, alentar la donación mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos. No existiría este peligro si, como hemos indicado mas arriba, se exigiese un determinado perfil de donante según el cual entre otros aspectos su capacidad económica fuese adecuada. Lo relevante no es tanto si una donación con compensación supone un incentivo económico, sino que ese incentivo se produzca en un donante que tiene unas condiciones económicas de vida insuficientes.

Para evitar esta situación, proponemos la modificación legislativa de la LTRHA en el sentido de establecer, no solo la cuantía por la donación tras la justificación de los conceptos y cálculos utilizados, sino también un perfil de donante que asegure su carácter realmente altruista, sin perjuicio de que por ello sea compensado.

E) Aspectos relativos a la filiación acordada y sin posibilidad de revocación

Con el propósito de afirmar que, conforme a la regulación de las TRHA autorizadas, la filiación resultante ha sido acordada y no existe posibilidad de revocación, expondremos dos casos que ya están previstos legalmente en la citada Ley. Y, junto con ello, queremos insistir que dicha filiación, en todos los supuestos en los que se utilizan TRHA, la filiación lo es por naturaleza y, en ningún caso, por adopción.

El primero estaba ya recogido en el artículo 6.3 de la LTRHA de 1988 y se contempla igualmente en la actual LTRHA. Dicho precepto contempla el caso de pareja heterosexual y casada donde el hombre no puede aportar su gameto, pero consiente en que su mujer sea usuaria de las TRHA, mediante la contribución, al menos, de donante masculino. El marido será su padre legal y por naturaleza, no por adopción, bastando para ello su consentimiento prestado antes del uso de las TRHA. Será su padre intencional porque ha llevado a cabo todos los actos necesarios (de naturaleza médica y legal) para que el nacimiento del bebé tenga lugar.

El segundo supuesto está previsto en el artículo 7.3 LTRHA y fue introducido en virtud del apartado uno de la disposición final quinta 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. Este artículo contempla el caso de una pareja homosexual femenina, casada, en la que una de ellas aporta el óvulo y gesta, precisa de tecnología reproductiva, porque ha de ser fecundada con contribución, al menos, de donante masculino, y la segunda, que no puede aportar su óvulo, pues el método ROPA no está actualmente autorizado en la LTRHA, se limita a consentir en la filiación

respecto al hijo de su cónyuge. La cónyuge de la usuaria de las TRHA, que no tiene ni vínculo genético ni biológico con el menor, será su madre legal por naturaleza bastando para ello su consentimiento prestado antes del uso de las TRHA. Sería su madre intencional.

A la vista de ambos ejemplos, cabe afirmar que existen fundamentos legales para rechazar el argumento de un sector de la doctrina que señala que filiación no es disponible y que por ello no es susceptible de ser acordada. Y, ello, porque conforme a los dos ejemplos expuestos, los padres intencionales han consentido en la filiación y, además, en ambos casos son padres y madres legales por naturaleza y no por adopción, aun cuando no tienen vínculo genético con el menor. Y, asimismo, conforme al artículo 8.1, la filiación es irrevocable en el caso de pareja heterosexual.

Ciertamente, la situación anteriormente expuesta incide en los conceptos clásicos del Derecho de Familia, especialmente, en lo relativo a la noción de filiación[14]. Como se señala en el Informe Preliminar de 2012 sobre *«The issues arising from International Surrogacy Arrangements»* emitido por la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado[15], la definición de paternidad está evolucionando, debido a la combinación de los modelos cambiantes de familia (surgidos con la aparición de familias compuesta por niños que nacen fuera del matrimonio de padres solteros que cohabitan o en familias monoparentales, con la introducción de alternativas al matrimonio, como el registro de parejas de hecho, o con la regulación del matrimonio de personas del mismo sexo), junto con los avances en las ciencias médicas (prueba de ADN y tecnologías en reproducción humana). Es por ello por lo que consideramos que el concepto de filiación, como tradicionalmente se ha entendido, está ya en gran medida superado conforme a la actual LTRHA. Tradicionalmente, se ha considerado que padre o madre es únicamente aquel y aquella que tiene un vínculo genético con el menor. Actualmente, esto es así en gran medida, pero no cuando se utilizan las TRHA, lo que cada vez es más frecuente. Ello ha supuesto el surgimiento de la denominada filiación intencional que, a nuestro juicio, está prevista actualmente en la LTRHA tal y como hemos justificado con los dos ejemplos anteriormente expuestos. Se ha incidido en esta cuestión porque la filiación intencional es la base sobre la que se sustenta la gestación por sustitución.

2. La regulación de la gestación por sustitución nacional y transfronteriza en el contexto de las TRHA: establecimiento de la filiación mediante sentencia

Para destacar la consonancia que opera entre el *Surrogacy Law* de los Estados designados como nuestro modelo de referencia y la normativa es-

pañola en materia de GS como TRHA, destacaremos que la sentencia es la garantía que posibilita el establecimiento de la filiación por gestación por sustitución en España. En el caso de la GS nacional, porque aun cuando en principio no se admite que la filiación sea susceptible de acuerdo, porque establece la nulidad del contrato de GS (art. 10.1 LTRHA), sin embargo, es posible que se le reconozca finalmente la filiación al padre intencional mediante sentencia (art. 10.3 LTRHA). En el supuesto de la GS transfronteriza, dado que se admite el reconocimiento incidental de la sentencia extranjera que establece la filiación previamente acordada en un contrato de GS celebrado fuera de España, esto es, acepta, desde el inicio, que la filiación puede ser objeto de acuerdo siempre que se haya establecido mediante sentencia.

A) Contrato de gestación por sustitución celebrado en España

En caso de gestación por sustitución nacional, aun cuando se ha establecido la nulidad del contrato de GS (art. 10.1 LTRHA) y, por ello, la imposibilidad de que la filiación sea susceptible de acuerdo, sin embargo, ello es así únicamente en principio, a la vista de lo establecido en el artículo 10.3 LTRHA porque posibilita en última instancia que, mediante sentencia y tras un procedimiento judicial, el padre intencional pudiera asumir la filiación del menor.

Para comenzar, cabe afirmar que el legislador español reguló las técnicas de reproducción humana asistida en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre y, posteriormente, en la que la sustituyó, la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida. En el momento de su aprobación fue considerada una Ley avanzada, pues fue una de las primeras normas que, sobre esta materia, se promulgó en los países de nuestro entorno cultural y geográfico[16]. Sin embargo, hoy se encuentra superada por los avances en medicina reproductiva, lo que nos lleva a proponer una modificación de la citada LTRHA con el fin de incluir, en su caso, las nuevas tecnologías para la reproducción asistida que actualmente se utilizan[17]. Mientras dicha modificación legislativa no se produzca, son tres las técnicas de reproducción humana asistida autorizadas en el Anexo A de la LTRHA: la inseminación artificial, la fecundación in vitro (en adelante, FIV) e inyección intracitoplásmica de espermatozoides (en adelante, ICSI) con gametos propios o de donante y con transferencia de embriones y, finalmente, la transferencia intratubárica de gametos. Conforme lo anterior, el legislador no autorizó la GS, pero sí la reguló en esta Ley y, por tanto, en el marco de las TRHA, lo que fue un acierto, habida cuenta que esencialmente consiste en la aplicación de diversas técnicas reproductivas, que sí están expresamente previstas en el Anexo A, como son la FIV-ICSI con

gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones con la intervención de una nueva persona, que es la mujer gestante.

En concreto el artículo 10 de dicha Ley ha previsto, en su número 1 que «será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero». Ciertamente, esta previsión normativa ha contribuido a abrir un amplio debate doctrinal[18] entre los que se manifiestan favorables y los contrarios al tenor literal del citado artículo 10, habiendo prácticamente tantas posiciones sobre la GS como autores. A continuación, trataremos de exponer las principales razones postuladas por quienes, en virtud del referido artículo 10, rechazan o aceptan la GS. En primer lugar, cabe explicar la posición de aquellos[19] que se consideran contrarios a la autorización de esta técnica porque el contrato de gestación por sustitución es y debe ser nulo (art. 10.1 LTRHA), la filiación será determinada por el parto (art. 10.2 LTRHA) y ello no debe ser modificado, lo que fundamentan, entre otros motivos, en que el estado civil es indisponible para los particulares. Respecto de esta postura, nos remitimos a lo expuesto anteriormente sobre el hecho de que con el uso de las TRHA autorizadas, el estado civil es disponible para los PIs. En segundo término, es posible destacar la de aquel sector doctrinal[20] que defiende la regulación de la GS, entre otros motivos, porque haría frente a un problema existente y creciente en nuestra sociedad. En cuanto al segundo grupo doctrinal, a cuyos argumentos me adhiero, resulta positivo que sigan avanzando hacia una futura regulación de la GS, lo que presupondría, en primer lugar, la derogación del referido artículo 10 LTRHA.

Junto con este debate, lo cierto es que con la actual regulación de la GS nacional establecida en el mencionado artículo 10, consideramos que la GS es una TRHA tolerada, eso sí, sin garantías para ninguna de las partes implicadas a falta de regulación, en la medida en que el artículo 10.3 LTRHA posibilita el reconocimiento de la filiación, mediante sentencia, al padre intencional.

Para explicar mejor esta posición, comenzaremos por el significado de nulidad. Algunos autores, al hilo de la expresión «nulidad» han considerado que la celebración de este contrato constituye una conducta sancionable[21] o prohibida[22] para las citadas partes firmantes del contrato. En este punto, es importante incidir en el hecho de que el legislador lo que ha establecido es la nulidad del contrato y no su prohibición porque si hubiese querido prohibir este contrato lo hubiese previsto así expresamente y, además, hubiera dispuesto sanciones aplicables en caso de celebrarse este contrato. Por el contrario, dispuso su nulidad, eso es, que no se reconociese efecto alguno de ese contrato o, lo que es lo mismo, que aun habiéndose celebrado dicho contrato, se volviese a la situación previa al cumplimiento del contrato.

Probablemente porque el propio legislador vislumbró la controversia que surgiría en torno a la expresión «nulidad de pleno derecho» fundamentalmente por parte de los detractores de la GS, estableció sus consecuencias en la regulación prevista en los números 2 y 3 del artículo 10.

Así, el artículo 10.2 estableció que «la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto». Con esta afirmación, que no se regula con carácter general en las disposiciones sobre filiación prevista en el Código civil, se quiere subrayar que, en este caso, la madre es la mujer gestante porque es quien ha dado a luz.

Sin embargo, en relación con el artículo 10.3, las consecuencias son diferentes. Cabe comenzar reproduciendo lo que establece: «queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales». Conforme a él, cabe interpretar la posibilidad de que, en virtud de los artículos 764 y ss. LEC en los que se regulan las acciones que pueden llevarse a cabo para lograr la determinación legal de la filiación, el padre intencional podría llevar a cabo la correspondiente reclamación de la filiación mediante una prueba de ADN que podría finalizar mediante el establecimiento de dicho estado respecto al padre intencional por ser su padre genético. Asimismo, y, establecida dicha filiación paterna, tal y como ha señalado un sector doctrinal[23], la madre intencional podría proceder a la adopción con el consentimiento de la madre biológica que podrá prestarlo una vez trascurrido el plazo de seis semanas desde el parto (arts. 176.2.2 y 177 CC).

B) Contrato de gestación por sustitución celebrado fuera de España

En los casos de gestación por sustitución transfronteriza, se ha establecido legalmente el reconocimiento incidental, únicamente, de las sentencias extranjeras que establecen la filiación previamente acordada en un contrato de GS celebrado fuera de España, siempre que, insistimos en ello, en el Estado de origen se estableciera mediante sentencia.

Comenzamos señalando que hay un progresivo incremento de la *cross-border surrogacy* y, con ello, de solicitudes de inscripción en el Registro civil de la filiación en favor de los PIs, lo que, desde nuestro punto de vista, ha avivado el debate, ya existente, sobre esta materia y ha provocado la apuesta por su regulación en un sector doctrinal[24], en la sociedad[25] y en los partidos políticos[26]. Para resolver estos casos, nuestro legislador ha establecido dos vías legales a los PIs para reconocerles como padres legales de los menores, en función de cómo y quién haya establecido la filiación en el Estado de origen, esto es, según cuál sea el título de la inscripción: un documento judicial, administrativo o notarial. Ciertamente, a la vista esencialmente

de la jurisprudencia del TEDH[27] dictada sobre este tema, la duda acerca de si ha de inscribirse la filiación en favor de los PIs o no está superada. La cuestión sería identificar el mejor procedimiento para su inscripción en el registro civil español[28], en cada caso, lo que analizaremos en un trabajo posterior. En este artículo, queremos poner el acento en el hecho de que, si la filiación se ha establecido en el Estado de origen mediante sentencia en favor de los *IPs,* el ordenamiento jurídico español ha establecido un procedimiento de reconocimiento incidental de esta sentencia extranjera. Por el contrario, si la filiación se ha fijado mediante otro tipo de resolución, el mecanismo regulado establece unos trámites procesales más lentos y complejos que generan incertidumbre al menor y su filiación.

En el primer caso, y en aras esencialmente del interés superior del menor establecido en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el artículo 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del menor, la DGRN dictó el 5 de octubre de 2010 una Instrucción sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, cuya vigencia se ha respetado en la posterior Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019. Conforme a dicha Instrucción, si la sentencia ha sido dictada en el Estado de origen en un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria ha de pasar por un procedimiento de reconocimiento incidental para que despliegue su eficacia en España. En tal caso, dicha Instrucción recoge los requisitos que han de cumplirse para ello[29]. La propia Instrucción de la DGRN de 2010, expone la razón por la que exige la presentación ante el Encargado del Registro civil de una resolución judicial dictada por el Tribunal competente del Estado de origen, no siendo suficiente la certificación registral extranjera ni el certificado médico de nacimiento donde no conste identidad de la gestante. En este sentido, señala la Instrucción que «la exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. En especial, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores». Asimismo, la propia Instrucción reclama que para la aplicación de esta norma es necesario que la resolución judicial extranjera se haya dictado en el marco de un procedimiento equiparable a

uno español de jurisdicción voluntaria, esto es, sin que haya habido conflicto alguno entre los *PIs* y la mujer gestante, pues, de lo contario, serían de aplicación la legislación española reguladora del procedimiento de *exequátur*.

La segunda vía se aplica al supuesto en que la filiación en favor de los padres de intención no se haya reconocido en una sentencia sino mediante una decisión dictada por una autoridad administrativa o notarial competente según la legislación del Estado de origen o, fundamentalmente, en una certificación de asientos extendidos en registros extranjeros[30]. Tras pasar por diferentes etapas caracterizadas por su elevada inseguridad jurídica, finalmente, se ha dictado la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019.

En concreto, en su punto 2.II y III se establece que no será posible la inscripción de la filiación de los *PIs* en el Registro Civil consular, a diferencia de lo que acontecía con anterioridad a la aprobación de esta Instrucción, ante la ausencia de medios de prueba susceptibles de apreciación dentro del procedimiento consular. Traslada a las autoridades locales el problema consistente en la expedición del pasaporte y permisos del menor para viajar a España, lo que no siempre podrá realizarse, porque dependerá de la normativa del Estado de origen. Y, asimismo, establece que, ya ante la Jurisdicción española y a fin de asegurar que se cumplen todas las garantías con el necesario rigor probatorio, los *PIs* tendrán que iniciar el correspondiente expediente para la inscripción de la filiación, con intervención del Ministerio Fiscal, o interponer las acciones judiciales de reclamación de dicha filiación. Aunque no es el objeto de nuestro estudio, consideramos desacertada esta normativa[31]. Desde nuestro punto de vista, la incertidumbre que tal proceso de adopción puede generar al menor, a la mujer gestante, que no quiere ser su madre legal de acuerdo a su legislación, y a la madre intencional, junto con el hecho de que en algunos casos la madre de intención tendrá que asumir su condición de madre adoptante aun cuando sea su madre genética es por lo que proponemos que el legislador español reflexione sobre ello y adopte nuevas medidas más favorables a la determinación legal de los padres de intención[32]. Y, ello, bajo la condición de que se controle, por las autoridades españolas competentes, que cada concreto proceso de *surrogacy* celebrado en tales países se haya llevado a cabo con el estricto cumplimiento de los derechos y deberes que han de reconocerse y resultar exigibles a la mujer gestante y a los padres de intención, de forma semejante, en este aspecto, a lo establecido en la Instrucción de la DGRN del 2010 anteriormente mencionada. De lo contrario, los menores seguirán en un limbo legal sin los mismos derechos que los demás niños hasta que su madre intencional se convierta en su madre legal, en España, por adopción.

Finalmente, cabe destacar el hecho de que en cualquier de los dos casos de subrogación transnacional anteriormente expuestos, nuestro Tribunal

Supremo ha dictado jurisprudencia[33] reconociendo la prestación por maternidad a los padres de intención cuya filiación ya esté reconocida en España.

III. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Conforme a los ordenamientos jurídicos de referencia designados, que prevén una GS con compensación y la filiación resultante se fija mediante sentencia y, en concreto, dictada antes del nacimiento del menor (*PBO*), expondremos los más destacados elementos subjetivos, objetivos, temporales y formales del contrato de reproducción asistida de gestación por sustitución.

1. Requisitos subjetivos: las partes del contrato

Las partes que suscriben un contrato de GS son los padres de intención y la mujer gestante, que requieren de la preceptiva asistencia de abogado, tanto para la celebración del contrato, como para el posterior procedimiento judicial de validación de tal acuerdo.

En los Estados de referencia, esto es, Washington, California, Nevada, Maine, Vermont, New Hampshire, Connecticut, New Jersey, Delaware y el Distrito de Columbia, pero no en Utah, los padres de intención, a diferencia de otros Estados de USA, pueden serlo cualquier individuo que quiera formar una familia heteroparental, homoparental o monoparental y, por ello, con independencia de su estado civil, orientación sexual y vínculo genético con el menor. A modo de ejemplo, en el Estado de Nevada, en el NRS 126.590[34], se definen a los *IPs* como aquellas personas, casadas o no casadas, que manifiestan la intención de estar legalmente obligada como padre de un niño nacido como resultado de la reproducción asistida. En el Estado de California, la expresión *IPs* se define en la sección 7960 (c) *California Family Code* (en adelante, *CFC*)[35] como el individuo, casado o no, que manifiesta la intención de estar legalmente vinculado como el padre de un menor nacido conforme a técnicas de reproducción asistida, lo que implica que puede serlo al margen de su estado civil, orientación sexual[36] y el vínculo genético con el menor[37]. En el Estado de Washington, el RCW 26.26A., ha añadido[38] que los *IPs* han de tener 21 años, haber dado a luz al menos a un niño, haber superado una evaluación médica y psicológica y ser asesorado sobre los términos del contrato y el alcance del mismo por un representante legal independiente. En el mismo sentido se regula en el estatuto N. H. Rev.Stat.Ann.168-B del Estado de New Hampshire[39].

En cuanto a la gestante es una mujer que, mediante un contrato de reproducción asistida por *surrogacy,* accede a gestar para los *IPs.* En el *CFC*, la figura de la gestante se regula en la Sección 7960 (f)[40] que la define como la mujer que porta un menor para otros gracias a una técnica de reproducción asistida y de acuerdo con un contrato escrito, según lo establecido en las Secciones 7606 y 7962. En concreto, la Sección 7960 (f) distingue dos tipos, como son la «gestante tradicional» (*traditional surrogate*) y la «portadora gestacional» (*gestational carrier*). En el número (1) de la Sección 7960 (f) se define a una «gestante tradicional» como a una mujer que acepta gestar un embrión, en la que ella misma es la donante del gameto y, en cuyo caso, el embrión fue creado con el esperma del padre de intención o un donante acordado por el padre o padres de intención. En el número (2) de la Sección 7960 (f) se indica, como segundo tipo de gestante, a la «portadora gestacional», que significa una mujer que no es una madre de intención y que acuerda la gestación de un embrión que no está vinculado genéticamente con ella, de acuerdo a un contrato de reproducción asistida. A pesar del tenor literal de la mencionada Sección, lo cierto es que, en la práctica, se utiliza exclusivamente la segunda opción[41]. Ello se sitúa en la línea de lo dispuesto, en el Estado de Nevada, en la NRS 126.580[42], cuando define a la portadora gestacional como aquella mujer adulta que no es madre intencional y que firma un contrato de *surrogacy* con la intención de tener un hijo concebido utilizando los gametos de otras personas y no los suyos. Asimismo, el NRS 126.740 ha regulado los requisitos que han de cumplir las mujeres que pretendan ser gestantes. En este sentido, se les exige que completen una evaluación médica, consulten con un asesor legal independiente sobre los términos del contrato y sus consecuencias legales y que no contribuyan con su gameto. En el Estado de Washington, el RCW 26.26A. ha añadido[43] que la mujer gestante ha de tener al menos 21 años y superar una evaluación psicológica.

Finalmente, hemos de señalar que la intervención de dos abogados, uno por cada una de las partes en el contrato, resulta preceptiva. Ello es así desde 2013, en que se hizo efectiva la modificación de la sección 7962 (b) del *CFC* en el sentido de que los padres de intención y la mujer gestante debían ser representados por abogados distintos y de su confianza antes de la firma del acuerdo de reproducción asistida. En el Estado de Nevada[44], los *IPs* y la *gestational carrier* han de consultar con un asesor legal independiente sobre los términos del acuerdo gestacional y las posibles consecuencias legales del acuerdo. La asistencia letrada es asimismo obligatoria para que asistan a ambas partes en el procedimiento judicial, que se regula en las subdivisiones (e), (f) de la sección 7962 del *CFC*, dirigido a establecer la relaciones paterno-filiales.

2. Requisitos objetivos, formales y temporales

El contrato de reproducción asistida de gestación por sustitución es, sin duda, el contrato más importante de todos los contratos que han de firmarse en un proceso de *surrogacy*, pues constituye la piedra angular de la subrogación. A continuación, expondremos qué requisitos debe cumplir en relación con su contenido, forma y momento en el que ha de firmarse.

Desde un punto de vista objetivo, en relación con el contenido del *assisted reproduction agreement for gestational carriers*, en el *CFC*, la sección 7962, subdivisión (a) del *CFC* establece cuál debe ser la información mínima que ha de incluirse en un contrato de reproducción asistida para una portadora gestacional. Junto con ese contenido mínimo legalmente previsto, otras cuestiones han de comprenderse en el contrato, de acuerdo con el *Californian Case-Law* y la práctica judicial de los *CSC*. De hecho, la sección 7962 (a) establece que, si bien el contenido que en ella se regula es el mínimo legalmente exigible, no debe estar limitado a él.

En cuanto a la información mínima, comprende los siguientes datos: En primer lugar, en el número (1) se exige la fecha en la que dicho acuerdo fue ejecutado. Esta información es muy relevante porque, como veremos más adelante, el contrato ha de firmarse antes de la transferencia de los embriones según la sección 7962 (d). Asimismo, en el número (2) se reclama que el contrato contenga las personas de las que se originaron los gametos, esto es, la identidad de los donantes, si los hubiere, salvo que la donación hubiese sido anónima. En tercer lugar, la identidad del padre o padres de intención debe incluirse en el contrato, según el número (3) de la Sección 7962, subdivisión (a). Finalmente, un aspecto esencial es el referido a cómo se cubrirán los gastos médicos originados por el embarazo, que fue introducido y efectivo a partir del año 2015, cuando se añadió el número (4) a la Sección 7962 (a). Dicha reforma tuvo como fin exigir que el contrato debía contener la información o revelación de cómo los *IPs* cubrirán los gastos médicos de la portadora gestacional y del recién nacido o nacidos, incluyendo los específicos seguros que los padres fueran de contratar en cada caso. En concreto, añade la mencionada sección que, si la cobertura de atención médica es la utilizada para cubrir esos gastos, la información incluirá una revisión de las disposiciones de la póliza de atención médica relacionadas con la cobertura del embarazo de la gestante, garantías de responsabilidad civil de terceros u otra cobertura de seguro, así como cualquier requerimiento de notificación que pueda afectar la cobertura o responsabilidad de la gestante[45]. Asimismo, la citada sección establece que la revisión mencionada anteriormente no constituye asesoría legal. En concreto, dicha póliza será comprobada por un profesional de los seguros, cuyo servicio será sufragado por los padres de intención.

Junto con dicho contenido mínimo legalmente previsto en la sección 7962 (a) del *CFC*, el contrato de reproducción asistida para una portadora gestacional ha de incluir otras cuestiones que el *Californian Case-Law* y la práctica judicial de los Tribunales Superiores de California ha revelado como aspectos esenciales que deben contenerse en el mencionado contrato. En concreto, las cuestiones más relevantes son las siguientes.

En primer lugar, el contrato debe indicar que la mujer gestante de forma libre y voluntaria y en ausencia de cualquier tipo de coacción económica o emocional firma el contrato con el fin de renunciar a cualquier derecho paternal o de custodia sobre el menor en favor de los padres de intención inmediatamente después del nacimiento y que dicha renuncia es definitiva e irrevocable. En consonancia con ello, el acuerdo debe contener que los *IPs* asumirán la responsabilidad paternal y la custodia del menor inmediatamente después de su nacimiento, con independencia de que el bebé nacido sufra alguna enfermedad física o mental o cualquier otro problema. Este es sin duda el aspecto más importante que, desde nuestro punto de vista, debe incluir el contrato, de acuerdo con el *case-law* sobre la *surrogacy* dictado en el Estado de California, aun cuando las secciones 7960-7962 *CFC* no lo han previsto legalmente.

El contrato tendrá que fijar que el nacimiento tendrá lugar en el Estado de California. Este dato, que en nada vulnera la libertad de movimientos de la gestante porque acuerda su cumplimiento con la firma del contrato, es extraordinariamente relevante porque el lugar de nacimiento determinará la Ley aplicable al procedimiento judicial de filiación y, ello, resulta esencial porque no todos los Estados son favorables a la subrogación.

Las partes habrán de incluir en el contrato aspectos referidos al proceso médico tales como en qué clínica reproductiva se llevará a cabo, el número de embriones que será transferido en el útero de la gestante y si se practicarán pruebas como amniocentesis o cualquier otra dirigida a comprobar la salud del feto. Asimismo, las partes deberán reflejar en el acuerdo cómo deberán proceder en caso de riesgo médico para la mujer gestante o para uno de los fetos o en el caso de que el feto no sea física o psicológicamente normal, esto es, tendrán que acordar, dentro del marco legal, si procederán, en los casos permitidos por la Ley, a la reducción o aborto. Asimismo, acordarán cómo procederán en el caso de que existan complicaciones médicas durante el embarazo, cómo tendrá lugar el parto, si natural o por cesárea, y en qué tipo de hospital dará a luz.

El contrato deberá establecer si ambas partes se someterán a evaluaciones psicológicas. Asimismo, deberá incluir el compromiso de la gestante de que llevará una vida saludable, como la que seguiría si fuese el embarazo de su propio hijo, siguiendo las instrucciones de un nutricionista y si así lo prescribe un médico.

Asimismo, el contrato tiene que incluir la compensación que los *IPs* habrán de pagar a la gestante por el conjunto de daños, molestias e inconvenientes que las obligaciones establecidas en este contrato conllevan para ella, la cual habrán de pagársela con independencia de que renuncie o no a los derechos paternales, a la entrega del menor e, incluso, a que el nacimiento del menor tenga lugar o no. En concreto, hemos de distinguir entre los gastos directos derivados del embarazo y el pago de una *base fee* en concepto de compensación adicional. En cuanto a los gastos directos serían los derivados del proceso médico, incluido el seguro médico contratado para ella, los pagos al resto de profesionales a los que acudirá la gestante, como al psicólogo o nutricionista, entre otros. Si únicamente se hubiesen de efectuar estos pagos directos, estaríamos ante un modelo altruista como el Reino Unido o Canadá. Junto con estos pagos que directamente se derivan del embarazo, en el Estado de California se entrega a la gestante una cantidad de dinero en concepto de compensación, lo que hace que sea un modelo comercial. En esta compensación se comprenden el conjunto de las molestias ocasionadas por el embarazo, como son las derivadas de la medicación que ha de tomar, de la asistencia a citas médicas, al psicólogo o al nutricionista y del hecho de tener de dejar de trabajar o cuidar de su familia para acudir a tales citas o tener que someterse a una amniocentesis, o reducción, entre otras situaciones previstas en el contrato.

Asimismo, el acuerdo debe contener que los *IPs* habrán de pagar un seguro de vida a la gestante. Junto con ello, el contrato debe incorporar el acuerdo de las partes de que la cantidad de dinero suficiente para pagar todos los gastos estimados tendrá que estar en la cuenta de fideicomiso con la que los *IPs* sufragarán todos los costes mencionados, con carácter previo al inicio del proceso de subrogación[46]. Asimismo, debe indicarse quién gestionará dicha cuenta de fideicomiso que será el abogado de confianza nombrado por los *IPs*. El contrato debe incluir qué ocurrirá en caso de divorcio o muerte de los *IPs* en relación con el establecimiento de los derechos paternales en favor de ellos. En concreto, y respecto de este segundo supuesto, los *IPs* tendrán que comprometerse en el contrato a hacer testamento y nombrar un tutor, el cual deberá estar expresamente nombrado en este contrato. Asimismo, habrán de acordar cómo será la relación entre las partes durante y después del parto y qué ocurrirá si una de las partes incumple el contrato.

La gran mayoría de estas cuestiones, que no están legalmente previstas pero que, sin embargo, conforman el *California Surrogacy Law*, han sido expresamente reguladas en el *Nevada Surrogacy Law*[47]. En este sentido, el NRS 126.720 establece que, si el *gestational carrier arrangement* cumple con los requisitos previstos en los NRS 126.740 y 126.750, el padre o padres intencionales serán los padres del niño tras su nacimiento y ni la portadora

gestacional ni su cónyuge legal o pareja de hecho se considerarán como tales y que, ello, debe estar contemplado en el acuerdo. Asimismo, dispone[48] que el contrato debe contener, los siguientes extremos que ha de cumplir cada parte. De un lado, ha de preverse que la portadora gestacional: 1) ha de someterse a la transferencia de embriones o gametos e intentar gestar y dar a luz al niño; 2) entregar la custodia legal y física del niño resultante; 3) el acuerdo expreso del cónyuge legal o, en su caso, pareja de hecho, para llevar a cabo las obligaciones impuestas a la portadora gestacional así como la entrega de la custodia legal y física del niño resultante tras su nacimiento; 3) el acuerdo expreso por escrito de cada parte para el uso por la portadora gestacional de los servicios de un médico de su elección, tras consultarlo con los *IPs*, para proporcionarle su asistencia durante el embarazo. De otro, ha de incluirse que los *IPs*: 1) aceptan la custodia legal y física del niño resultante inmediatamente después de su nacimiento, con independencia del número, género o condición mental y física del niño o niños; 2) asumen la responsabilidad exclusiva del apoyo de cualquier niño resultante inmediatamente después de su nacimiento. Junto con ello, es posible que las partes puedan pactar los siguientes puntos: 1) el hecho de que la portadora gestacional se someta a todos los exámenes médicos, tratamientos y procedimientos de monitoreo fetal recomendados para el éxito del embarazo por el médico elegido por la mujer gestante; 2) el acuerdo de la portadora gestacional de abstenerse de cualquier actividad que los *IPs* o el médico elegido considere que puede resultar perjudicial para el embarazo o futura salud del niño resultante, como fumar, beber alcohol o usar medicamentos no recetados; 3) el acuerdo de los *IPs* sobre el pago de una compensación razonable a la portadora gestacional, cuya cuantía debe negociarse de buena fe entre las partes y no debe estar condicionada por la calidad pretendida o los rasgos relacionados con el genoma de los gametos o embriones, tal y como establece el NRS 126.810; y 4) el acuerdo de los *IPs* en relación con el pago o reembolso a la portadora gestacional de los gastos razonables, incluidos, entre otros, los gastos médicos, legales u otros gastos profesionales relacionados con el contrato de *surrogacy.* En términos semejantes se establece la regulación sobre el contenido del contrato en el estatuto N. H. Rev.Stat.Ann.168-B del Estado de New Hampshire[49].

En cuanto a los requisitos formales, la sección 7962 (c) estableció, en el año 2013, que el contrato de reproducción asistida para una portadora gestacional será «notarizado o atestiguado por un método equivalente de afirmación», tal y como requiere la jurisdicción donde dicho acuerdo desplegará su eficacia. Así pues, es necesario que un *Notary Public* «notarice» el contrato y adjunte a la última página del mencionado acuerdo el *Certificate of Acknowledgement of Execution of an Instrument* con el sello oficial del

notario. Igualmente, este requisito se exige en el NRS 126.750.3.(c), en el Estado de Nevada.

Finalmente, respecto a los requisitos temporales, la sección 7962 (a) (1) *CFC* establece que el contrato debe indicar la fecha en la que es firmado. Este dato es esencial si lo ponemos en conexión con lo dispuesto en la sección 7962 (d) según la cual ni la transferencia del embrión ni el comienzo de ninguna medicación podrá llevarse a cabo antes de que el acuerdo sea firmado entre las partes. En definitiva, la firma del contrato tendrá que producirse una vez que la mujer gestante logre la *medical clearance*, esto es, la aptitud médica reconocida por la clínica de fertilidad que llevará a cabo la tecnología reproductiva. Y una vez firmado el contrato y, en consecuencia, cuando sea efectivo y ejecutable, esto es, cuando se produzca la *clearance legal*, se podrá comenzar con las actividades médicas encaminadas a la transferencia del embrión en el útero de la mujer gestante. Esta secuencia cronológica no es casual. Con ella se asegura que antes de la transferencia del embrión de los *IPs* habrán acordado en el contrato la renuncia de la patria potestad por parte de la gestante y, correlativamente, la asunción de dicha filiación por los *IPs*. En el mismo sentido, se ha regulado en el NRS 126.750 3.b) del Estado de Nevada.

IV. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA SOBRE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN RELACIÓN CON LA FILIACIÓN

Expuestos algunos de los aspectos más relevantes del contrato de GS con compensación, analizaremos los efectos del incumplimiento del dicho contrato y, en concreto, de aquellas cláusulas que inciden sobre la filiación establecida mediante una sentencia, que es previa.

Vamos a partir del hecho de que el acuerdo de reproducción asistida es válido porque se ha llevado a cabo conforme al ordenamiento jurídico o *Surrogacy Law* del Estado en el que se ha celebrado.

En este sentido, en el Estado de California[50], la sección 7962 (i) *CFC* establece que un acuerdo de reproducción asistida sobre *surrogacy* que se ha desarrollado de acuerdo con esta sección es presumiblemente válido y no se rescindirá ni se revocará si no es mediante una orden judicial. De esta forma, cualquier incumplimiento de los requisitos de esta sección supondrá romper con la presunción de validez de este acuerdo de reproducción asistida. Asimismo, en el Estado de Nevada, el NRS 126.720.3 dispone que las partes en un acuerdo de *surrogacy* asumirán los derechos y obligaciones en relación a la filiación, los *IPs* asumiéndola y la mujer gestante renunciando a ella (NRS 126.720.1 y 2), siempre que la mujer gestante cumpla

con los requisitos para serlo previstos en la NRS 126.740, los *IPs* observen las condiciones establecidas en el NRS 126.740.2 y, finalmente, el acuerdo de *surrogacy* se lleve a cabo de acuerdo con las exigencias reguladas en el NRS 126.750.

Antes de llegar a un incumplimiento, es posible que las partes se pongan de acuerdo en la modificación del contrato. En tal caso, solo podrán hacerlo mediante un acuerdo escrito posterior firmado por ambas partes, tal y como suelen disponer los propios contratos.

Asimismo, cabe diferenciar entre algunas cláusulas referidas a la filiación que han de contenerse en los términos fijados en el *Surrogacy Law* y otras disposiciones susceptibles de acuerdo que, si finalmente se consensuan, han de cumplirse todas ellas y en los términos expresados para que el contrato surta efecto en relación con la filiación acordada en favor de los *IPs*.

Conforme a ello, en el Estado de California, el *CFC* no regula esta cuestión expresamente. Sin embargo, los contratos, que se elaboran asimismo de acuerdo con el *case-law* y las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de California, incluyen en sus últimas disposiciones una serie de actuaciones que han de cumplirse pues inciden esencialmente sobre la filiación. A este respecto, los contratos incluyen una cláusula en la que expresamente se señala que el contrato ha sido redactado y ejecutado en el Estado de California y que varios actos contemplados en el contrato deben ocurrir en el citado Estado como son, el mantenimiento de la cuenta de fideicomiso, el lugar de residencia de la mujer gestante durante el embarazo, el nacimiento del niño y declaraciones de maternidad y paternidad, salvo que las partes acuerden lo contrario. Por el contrario, en el Estado de Nevada, el NRS 126.750 distingue entre las previsiones que se han de contener en el acuerdo[51] y aquellas que pueden incluirse en él[52], si bien, en todo caso, han de ser cumplidas si finalmente se incorporan al contrato. Las primeras son: 1) por parte de la portadora gestacional, el acuerdo expreso y escrito de que se someterá a la transferencia de embriones o gametos e intentar llevar a cabo la gestación y dar a luz al niño resultante y de entregar la custodia legal y física del niño inmediatamente después de dar a luz a los *IPs*; 2) en relación con el cónyuge o pareja de hecho de la mujer gestante, el acuerdo expreso y escrito de llevar a cabo las obligaciones impuestas a la portadora gestacional de acuerdo a los términos del contrato y de entregar la custodia legal y física del niño inmediatamente después de su nacimiento; 3) el acuerdo expreso y escrito de cada parte para el uso por la *surrogate* de los servicios de un médico a su elección, previa consulta a los *IPs*; 4) por parte de los *IPs*, el acuerdo expreso y escrito para aceptar la custodia legal del niño resultante que no esté biológicamente relacionado con la mujer gestante y su cónyuge o pareja inmediatamente después de su nacimiento, con independencia del número de niños, su género o condición mental o física

y asumir la responsabilidad de mantener al niño resultante. Las segundas son: 1) el acuerdo de la portadora gestacional para someterse a todos los exámenes médicos, tratamientos y cualquier procedimiento necesario para el éxito del embarazo; 2) el acuerdo de la portadora gestacional de llevar a cabo cualquier actividad que los *IPs* o el médico crea que es perjudicial para el embarazo y futura salud del niño, como fumar o beber alcohol, entre otros; 3) el acuerdo de los *IPs* para el pago de una compensación razonable; y, 5) el acuerdo de los *IPs* para pagar o reembolsar a la *surrogate* los gastos razonables, incluidos los médicos, legales u otros profesionales relacionados con el contrato.

Ahora bien, suponiendo que el contrato se celebrase conforme al *Surrogacy Law* de cada Estado, es posible que no sean observadas algunas cláusulas, que inciden sobre la filiación, por alguna de las partes. En este caso, el ordenamiento jurídico de cada Estado regula las consecuencias de dicho incumplimiento que serán introducidas asimismo en el contrato.

Con carácter general, en el Estado de California, el *CFC* no contiene expresamente disposición alguna sobre qué ocurre en caso de incumplimiento del acuerdo por alguna de las partes, a diferencia de lo que acontece en el *Nevada Surrogacy Law.* Ello, no obstante, los contratos celebrados en el Estado de California incluyen diversas cláusulas sobre ello, dirigidas a resolver este problema. En este sentido, los contratos establecen que las partes han acordado que cualquier conflicto, interpretación y/o aplicación del contrato o conducta contemplada en el acuerdo se regirá, interpretará y aplicará de conformidad con las leyes del Estado de California. Asimismo[53], también incluyen que las partes pueden resolver sus controversias mediante la mediación, para lo cual, someterán sus desavenencias a una mediación imparcial y neutral que esté autorizada para resolver la disputa pero no para imponer el acuerdo a las partes. Por otro lado, establecen que las partes pueden, en su caso, acudir a los Tribunales de California competentes, esto es, a los Tribunales Superiores de California del condado correspondiente (en adelante, *CSC*).

Respecto de este último mecanismo, destacaremos que, si el incumplimiento del contrato incidiese sobre la filiación previamente establecida en el contrato en favor de los padres de intención previa renuncia de la gestante, las partes firmantes del contrato podrían acudir a los tribunales competentes y presentar una acción para establecer la filiación de conformidad con la sección 7962 (e) y (f).

En concreto, cualquiera de las partes legitimadas, las firmantes del contrato con la preceptiva asistencia de sus respectivos abogados, han de presentar una *Parentage Action*, ante el órgano competente, para establecer la filiación en favor de los *IPs* tal y como se ha establecido en el contrato. En el Estado de California, conforme a lo dispuesto en la sección 7962 (e) *CFC*,

se regula un tipo de *Parentage Action* que puede ser presentada antes del nacimiento del menor, con el fin de obtener una *Pre-Birth Order* (*PBO*). En virtud de esta sección podemos efectuar dos consideraciones. En primer lugar, este tipo de *Parentage Action* tiene como fin, como así lo establece el propio precepto, establecer la relación paterno-filial entre los padres de intención y el menor que ha sido concebido según el acuerdo de reproducción asistida para una portadora gestacional y, por ello, poner fin a cualquier responsabilidad parental de la mujer gestante y, en su caso, de su marido. En segundo término, en virtud de dicha acción, una *Parentage Action*, se determina la filiación por naturaleza y no por adopción de los *IPs* generalmente antes del nacimiento del menor, salvo que haya algún tipo de conflicto o incumplimiento del contrato que requiera ser probado en el proceso.

Junto con la solicitud, han de acompañarse diversos documentos, tal y como exige la sección 7962 (e) y (f) (1) así como la práctica de los *CSC* en primera instancia. En concreto, la sección 7962 (e) exige que se presente una copia del acuerdo de reproducción asistida para una portadora gestacional y la sección 7962 (f) (1) recuerda que dicho acuerdo ha de estar «notarizado», tal y como reclama la sección 7962 (c). Junto con dicha copia del contrato «notarizado», es preciso presentar otros documentos. En este sentido, la sección 7962 (e) establece que las partes del acuerdo, refiriéndose a sus abogados, atestiguarán bajo pena de perjurio y en su mejor conocimiento y convicción que las partes cumplen con lo dispuesto en esta sección al firmar el contrato de reproducción asistida para una portadora gestacional, lo que en ningún caso contravendrá la sección 912 del *Evidence Cod*e que establece el secreto profesional entre abogado y cliente. Son, refiriéndose a estos testimonios documentados, las declaraciones de los abogados independientes, las que han de adjuntarse junto con el acuerdo «notarizado» según la sección 7962 (f) (1).Y, la consecuencia de presentar dicho acuerdo junto con las declaraciones mencionadas es que, en virtud de tales documentos, y según la sección 7962 (f) (1)[54], se rebatirá cualquier presunción contenida en la parte 2, subdivisión (b) de la sección 7610, y las secciones 7611 y 7613, en virtud de las cuales la portadora gestacional y su esposo o pareja serían los padres del menor, esto es, con la presentación de dicha documentación se rompe la mencionada presunción en favor de la filiación de los *IPs*. Pero junto con dichas declaraciones, lo cierto es que cada uno de los *CSC* de cada condado considera que deben presentarse otros documentos adicionales para que pueda dictarse una *PBO*. En concreto, si sumamos el conjunto de documentos que exigen los 58 *CSC*, el número asciende a aproximadamente 20 diferentes. Este es otro de los ejemplos que explica la importancia de la práctica judicial en primera instancia en materia de *Surrogacy law* y de la necesidad de que se incluyan en un estatuto sobre *surrogacy* en el Estado de California.

Con carácter general, el proceso se desarrolla sin necesidad de vista, salvo, entre otras cuestiones, que una de las partes haya incumplido el contrato incidiendo, ello, sobre la filiación. En concreto, tal y como dispone la sección 7962 (f) (2) *CFC*[55], el *CSC* revisará toda la documentación presentada y, en principio, dictará una sentencia u orden en virtud de la cual se pondrá fin a cualquier derecho de paternidad de la gestante o su marido o pareja sin que tenga que celebrarse vista alguna donde practicar ninguna prueba. Sin embargo, esta regla general tiene una excepción que es la que nos interesa. A este respecto, la mencionada sección establece que sí se celebrará vista en el caso de que una de las partes del acuerdo de reproducción asistida para una portadora gestacional o el propio *CSC* tenga la creencia razonable y de buena fe de que dicho acuerdo de reproducción asistida o las declaraciones de los abogados no se han llevado a cabo conforme a los requisitos previstos en la sección 7962. Ahora bien, para que dicha vista finalmente se celebre, el *CSC* requerirá prueba suficiente de lo que las partes hayan alegado. El procedimiento que, en caso de inexistencia de conflicto, se desarrolla sin vista, se convertirá en un contencioso si las partes alegan un incumplimiento del contrato y, por ello, del *Surrogacy Law* que requerirá de una vista en la que se practique la prueba, tras lo cual, resolverá el *CSC*. Una vez que se ha seguido el procedimiento de acuerdo con todo lo establecido en la sección 7962, el *CSC* dictará sentencia o una orden estableciendo la relación paterno-filial de acuerdo con lo previsto en la sección 7630 que fija cómo se establece la relación entre padres e hijos.

A diferencia de lo que ocurre en el Estado de California, en el Estado de Nevada, su *Surrogacy Law*, establece expresamente qué ocurre en caso de incumplimiento del contrato de *surrogacy.* En este sentido, el NRS 126.780 dispone, en su número 1, que una portadora gestacional, su cónyuge legal o pareja de hecho, en su caso, o el padre o padres intencionales no cumplen con el contrato, cuando no observan alguna disposición del acuerdo gestacional o no cumplen con alguno de los requisitos previstos entre el NRS 126.710 y el NRS 126.810, ambos inclusive. En caso de incumplimiento, el NRS 126.790 dispone, de un lado, que el padre o los padres de intención tienen derecho al uso de cualquier remedio disponible por ley o equidad, salvo que se indique lo contrario en el NRS 126.780 o en una cláusula expresa del acuerdo gestacional; y, de otro, que la portadora gestacional tiene igualmente derecho a utilizar cualquier mecanismo establecido por ley o por equidad, salvo que se disponga expresamente algo diferente en algún apartado del contrato. En última instancia, señala el NRS 126.780, en su número 2, que en caso de incumplimiento, un tribunal competente determinará los derechos y obligaciones respectivos de las partes en el acuerdo de *surrogacy* basándose únicamente en la prueba de la intención original de las partes.

Expuesto el *Surrogacy Law* en materia de incumplimiento de contratos, cabe señalar que es bastante infrecuente en la práctica que ello tenga lugar. Y, cuando concurre, los tribunales resuelven teniendo en cuenta la voluntad inicialmente expresada por las partes en el contrato de manera que la filiación se atribuye en general a los *IPs.* Cabe recordar que el principal objetivo del contrato es el establecimiento de la filiación en favor de los *IPs* previa renuncia de la mujer gestante. En este sentido, hemos identificado un reciente asunto en el que hubo un incumplimiento por parte de la mujer gestante de una de las cláusulas del contrato. Tuvo lugar en el Estado de California y se trata del caso *Cook v. Harding et al56*. En dicho asunto, el Tribunal de Apelación de California, en enero de 2017, tuvo que resolver el siguiente asunto. Los padres de intención y la gestante acordaron la transferencia de tres embriones y la posibilidad de que, bajo la condición de que existiera riesgo médico, la gestante debía acceder a la reducción de uno de ellos. A lo largo de la gestación, los médicos acreditaron riesgo médico pero la gestante incumplió el contrato y se negó a la reducción por convicciones éticas. Finalmente, nacieron trillizos y la gestante solicitó la custodia de uno de ellos alegando que, según ella, los padres de intención querían la reducción de uno de ellos porque, según le habían dicho, no podían permitirse el lujo de criarlo. El Tribunal de Apelación concluyó que, en este caso, los padres de intención eran los padres legales y naturales. El argumento que justificó dicha decisión consistió en afirmar que, como señaló el propio Tribunal, si se permitiese el cambio caprichoso de parecer de la gestante, se socavaría la previsibilidad del contrato de *surrogacy*. Añadió que si los padres de intención hubiesen sabido que la gestante podía cambiar de parecer no hubieran firmado el contrato con ella. Asimismo, en esta sentencia se cuestionó el hecho de que, debido a los pagos efectuados por los *IPs* a la gestante, esencialmente por las molestias producidas por el proceso de *surrogacy*, se producía la mercantilización del cuerpo de la gestante, a lo que el Tribunal resolvió señalando que cuestionar los pagos constituye un ataque a la legitimidad misma del contrato de *surrogacy.*

V. CONCLUSIONES

Conforme al análisis efectuado hemos confirmado provisionalmente nuestra hipótesis de partida lo que se concreta en las siguientes conclusiones preliminares:

I. Hemos designado como Estados de referencia para analizar los efectos del incumplimiento del contrato de gestación por sustitución a aquellos que establecen un modelo de GS compensada y una filiación

mediante sentencia porque son los que más se acercan a la regulación española sobre técnicas de reproducción asistida, tanto en relación con las TRHA autorizadas, como respecto a la GS como TRHA nacional y transfronteriza.

II. En los Estados de referencia, el contrato de reproducción asistida sobre *surrogacy*, firmado entre el o los padres de intención y la mujer gestante y, en su caso, su cónyuge o pareja de hecho, ha de contener diversas cláusulas que aseguren la filiación en favor de los padres intencionales en consonancia con la principal disposición que ha de incorporarse la contrato relativa a la parentalidad. Dicha cláusula es el establecimiento de la filiación del menor nacido como consecuencia de la aplicación de la *surrogacy* como TRHA en favor de los *PIs* y tras la renuncia libre e informada de la mujer gestante y, en su caso, de su pareja de derecho o de hecho.

III. No resulta admisible el cambio caprichoso de parecer por parte del o de los padres intencionales o de la mujer gestante y su pareja de derecho o hecho, si la tuviere, ni en relación con la piedra angular del contrato, la cláusula por la que los *PIs* asumen la filiación, ni respecto al resto de las disposiciones que inciden indirectamente sobre la parentalidad del menor que han sido acordadas y firmadas libre y con conocimiento de su alcance. Y ello, porque lo contrario, socavaría la previsibilidad del contrato de *surrogacy* y provocaría tal inseguridad jurídica, fundamentalmente al menor, que supondría la extinción de la *surrogacy* como técnica reproductiva.

IV. Dichas conclusiones son provisionales por lo que es necesario un estudio más completo de los efectos por el incumplimiento del conjunto de las cláusulas comprendidas en un contrato de gestación por sustitución que inciden en la filiación y, en todo caso, un análisis pormenorizado de las consecuencias del incumplimiento del contrato de gestación por sustitución en relación con la filiación en todos y cada uno del ordenamientos jurídicos nacionales de referencia que hemos elegido, lo que haremos en trabajos futuros.

VI. RESOLUCIONES CITADAS

STEDH

- Asuntos *Mennesson* contra Francia y *Labasseé* contra Francia, de 26 de junio de 2014
- Asunto *D. et autres* contra Bélgica de 8 de julio de 2014
- Asunto *Laborie* contra Francia de 16 de enero de 2015
- Asunto *Paradiso y Campanelli* contra Italia de 27 de enero de 2015
- Asunto *Foulon y Bouvet* contra Francia de 21 de julio de 2016

- Asunto dictado por la Gran Sala *Paradiso y Campanelli* contra Italia de 24 de enero de 2017
- Asunto *D.* contra Francia de 16 de julio de 2020

NORTEAMERICANOS

- Caso *In re Marriage of Buzzanca* (1998), Tribunal de Apelación de California
- Caso *Johnson v. Calvert* (1993), Tribunal de Apelación de California
- Caso *In re Marriage of Moschetta* (1994), en el que el Tribunal de Apelación de California
- Casos*, Elisa B. v Superior Court, Kristine H. v. Lisa R. y K.M. v. E. G,* Tribunal Supremo de California (2005), tres *companion cases*

STS

- STS de 25 de octubre de 2016
- STS de 16 de noviembre 2016
- STS de 6 de febrero de 2014

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010

INSTRUCCIÓN

- Instrucción DGRN de 18 de febrero de 2019
- Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010

INFORMES

- Informe emitido por el Comité de Bioética de 16 de mayo de 2017

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALKORTA IDIAKEZ, I. (2003). *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*. Navarra: Thomson Aranzadi.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (2009). Hijos *made* in California. *Aranzadi civil-mercantil*, número 3, 2117-2119.

BLANCO MORALES, P., (2019). Gestación por sustitución en España. *Almacén de Derecho* (en línea), disponible en https://almacendederecho.org/gestacion-por-sustitucion-en-espana-y-turismo-reproductivo

BRENA SESMA, I. (2011). Maternidad subrogada. En C. M. Romeo Casabona (dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo II. Granada: Comares, (en línea), disponible en https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/203

CALAZA LÓPEZ, S. (2020). Cinco retos esenciales de la imprescindible reforma de nuestra moderna justicia civil de familia: unificar, economizar, simplificar, humanizar y transferir. En E. Pillado González (coord.), *Los conflictos de Derecho de Familia desde la justicia terapéutica.* Barcelona: Bosch, 25-62.

CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2015). Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (en línea), Vol. 7, número 2, disponible en https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2780/1558

CORERA IZU, M. (2016). Maternidad subrogada: la solución única, de momento, el Registro civil. *La Ley*, número 8813.

CORRAL GARCÍA, E. (2013). El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada? *Revista de Derecho y Genoma Humano,* número 38, 45-69.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2010). Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010). *La Ley*, número 7501.

FARNÓS AMORÓS, E. (2011). *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*. Barcelona: Atelier.

FLORES RODRÍGUEZ, J. (2014). Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en España. *La Ley*, número 8363.

FURROW, B.R., GREANEY, T., JOHNSON, S.H., STOLTZFUS JOST, T., SCHWARTZ, R.L. (2014). *Health Law.* 3.ª ed. St Paul, Minn: West Academic Publishing.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (1994). *El derecho a la reproducción humana*. Madrid: Marcial Pons.

IGAREDA GONZÁLEZ, N. (2018). La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana. *Revista de Bioética y Derecho*, número 44, 57-72.

HEREDIA CERVANTES, I. (2013). La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución. *ADC*, Tomo LXVI, Fasc. II, 687-715.

LAMM, E. (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista de Bioética y Derecho*, número 24, 76-91.

— (2012). Gestación por sustitución. Realidad y Derecho. *InDret*, número 3, 1-49.
LASARTE ÁLVAREZ, C. (2012). La reproducción asistida y la prohibición legal de la maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria. *La Ley*, número 7777.
MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M.; MASSIGOGE BENEGIU, J.M. (1994). *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español.* Madrid: Dykinson.
MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A. (2014). La determinación legal de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el derecho internacional privado español. *Revista Aranzadi,* número 9, 189-215.
MORETÓN SANZ, M.F. (2019). Dinámica de las relaciones obligatorias contractuales y extracontractuales: principios generales de derecho y su aplicabilidad a los medios solutorios en los cambios de deudor, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* número 772, año 95, 994-1013.
ROMEO CASABONA, C.M. (1994), *El derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana.* Madrid: Edersa.
SÁEZ-SATURTÚN PRIETO, M.A. (2014). La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014. *La Ley*, número 8293.
VELA SÁNCHEZ, A. J. (2011). Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. *La Ley*, número 7621.
— (2012). *La maternidad subrogada. Estudio ante un reto normativo.* Granada: Comares.
— (2014). Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución «pueden» ser inscritos en el registro civil española propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014. *Diario La Ley*, número 8415.

NOTAS

[1] Los trabajos que han analizado la *surrogacy* desde un punto de vista médico, ético y económico han sido referenciadas por CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2015). Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Cuadernos de Derecho Transnacional* (en línea), Vol. 7, núm. 2, disponible en https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2780/1558, 46, en nota núm. 1. Junto con la doctrina incluida en este trabajo, a la que nos remitimos, hemos de señalar, sin ningún ánimo de ser exhaustivos, dada la abundante literatura existente sobre esta materia, los siguientes estudios de carácter jurídico: ALKORTA IDIAKEZ, I. (2003). *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado.* Navarra: Thomson Aranzadi; BRENA SESMA, I. (2011). Maternidad subrogada. En C.M. ROMEO CASABONA (dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo II. Granada: Comares, (en línea), disponible en https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/203; FARNÓS AMORÓS, E. (2011). *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*. Barcelona: Atelier; LAMM, E. (2012). Gestación por sustitución. Realidad y Derecho. *InDret*, núm. 3, 1-49; CORRAL GARCÍA, E. (2013). El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada? *Revista de Derecho y Genoma Humano,* núm. 38, 45-69; FURROW, B.R., GREANEY, T., JOHNSON, S.H., STOLTZFUS JOST, T., SCHWARTZ, R.L. (2014). *Health Law.* 3.ª ed. St Paul, Minn: West Academic Publishing; IGAREDA

GONZÁLEZ, N. (2018). La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana. *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 44, 57-72.

[2] Está disponible en: https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10en.pdf. Fecha de consulta: 7 de julio de 2020.

[3] Previsto en Nev. Rev. Stat. NRS 126.500-126.810. Disponible en: https://www.leg.state.nv.us/NRS/NRS-126.html#NRS126Sec500. Fecha de consulta: 7 de julio de 2020.

[4] Se regula en el California Family Law Sections 7960-7962. Disponible en: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201120120AB1217. Fecha de consulta: 7 de julio de 2020. Asimismo, toma en cuenta el case law: Johnson v. Calvert (1993) y Buzzanca v. Buzzanca (1998).

[5] Está previsto en Conn.Gen.Stat.§7-48a. Disponible en: https://law.justia.com/codes/connecticut/2015/title-7/chapter-93/section-7-48. Fecha de consulta: 7 de julio de 2020.

[6] Se establece en: DC Law 21-0255. Disponible en: https://code.dccouncil.us/dc/council/code/titles/16/chapters/4/. Fecha de consulta: 7 de julio de 2020.

[7] Autorizado en: Delaware Code 13, § 8-801 through § 8-810. Disponible en: https://delcode.delaware.gov/title13/c008/sc08/index.shtml. Fecha de consulta: 7 de julio de 2020.

[8] Previsto en The Maine Parentage. Title 19A, Chapter 61.

[9] Regulado en The New Jersey Gestational Carrier Agreement Act.

[10] Establecido en: N.H. Rev. Stat. Ann. 168-B. Disponible en: http://gencourt.state.nh.us/legislation/2014/SB0353.html. Fecha de consulta: 7 de julio de 2020. Fecha de consulta: 7 de julio de 2020.

[11] Regulado en: RCW 26.26A. Disponible en: https://app.leg.wa.gov/RCW/default.aspx?cite=26.26A.

[12] Autorizado en The Vermont Parentage Act of 2018.

[13] *Vide supra,* (p. 9) tales notas esenciales.

[14] Así, entre otros, también lo entiende LAMM, E. (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 24, 76-91.

[15] Puede consultarse en: https://assets.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11e.pdf, fecha de consulta: 7 de julio de 2020.

[16] Así lo señala la exposición de motivos de la propia Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

[17] Llama la atención que los actuales avances en tecnología reproductiva no se hayan ido incluyendo en la LTRHA, como el método ROPA, que significa Recepción de Óvulos de la Pareja, que constituye una técnica exclusivamente pensada para ser utilizada por parejas homosexuales formadas por mujeres, en virtud de la cual una será la madre genética (la que aporta el óvulo) y otra será la madre biológica (que gesta el embrión creado con el óvulo de su pareja y semen donado). Incluso, todavía es más llamativo el hecho de que, previendo la donación de preembriones (art. 5) no se incluya en el Anexo A la transferencia de un preembrión donado como otra técnica reproductiva, habida cuenta de que cuando se refiere en el citado Anexo A a la Fecundación in Vitro e Inyección Intracitoplásmica de espermatozoides ha establecido expresamente que se realice con gametos propios o de donante.

[18] Los primeros trabajos en los que se aborda la gestación por sustitución fueron los de GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (1994). *El derecho a la reproducción humana*. Madrid: Marcial Pons; ROMEO CASABONA, C.M. (1994). *El derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana.* Madrid: EDERSA y MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M.; MASSIGOGE BENEGIU, J.M. (1994). *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*. Madrid: Dykinson.

[19] Entre otros, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (2009). Hijos *made* in California. *Aranzadi civil-mercantil*, núm. 3, 2117-2119; DE VERDA y BEAMONTE, J.R. (2010). Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010). *La Ley*, núm. 7501; y, recientemente el Informe emitido por el Comité de Bioética de 16 de mayo de 2017, disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf, fecha de consulta: 21 de julio de 2017, si bien contó con un voto particular de Carlos M.ª ROMEO CASABONA.

[20] Entre otros, VELA SÁNCHEZ, A.J. (2011). Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. *La Ley*, núm. 7621; (2012). *La maternidad subrogada. Estudio ante un reto normativo.* Granada: COMARES; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2012). La reproducción asistida y la prohibición legal de la maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria. *La Ley*, núm. 7777; SÁEZ-SATURTÚN PRIETO, M.A. (2014). La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014. *La Ley*, núm. 8293; quien defiende una interpretación flexible del artículo 10, en aras de la protección del interés superior del menor y reconociendo por ello su filiación en favor de los padres intencionales y, en última instancia, la regulación de un «convenio de maternidad subrogada»; FLORES RODRÍGUEZ, J. (2014). Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en España. *La Ley*, núm. 8363; CORERA IZU, M. (2016). Maternidad subrogada: la solución única, de momento, el registro civil. *La Ley*, núm. 8813.

[21] Ciertamente, el Capítulo III del Título XII del CP han previsto y penado «la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor» (arts. 220-222). Sin embargo, en tales preceptos, se regulan tipos penales que son de aplicación, tanto si el menor ha nacido como consecuencia de una relación sexual o de una técnica de reproducción asistida, únicamente cuando tenga lugar una suposición del parto o alteración de la paternidad, estado o condición del menor. El hecho mismo de que en España se utilice esta técnica reproductiva y, por ello, se aplique lo dispuesto en el artículo 10 no implica en sí mismo suposición del parto alguno. Solo se aplicarían dichos preceptos penales si, tanto en caso de gestación por sustitución como si no es mediante esta técnica reproductiva o si fuera mediante parto natural se cumpliese el tipo penal previsto en los artículos 220-222 CP. Sobre este tema puede leerse a DÍAZ ROMERO, M. R., La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico, *La Ley*, núm. 7527, 14 de diciembre de 2010.

[22] Así lo ha señalado HEREDIA CERVANTES, I. (2013). La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución, *ADC*, Tomo LXVI, Fasc. II, 709.

[23] MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A. (2014). La determinación legal de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el derecho internacional privado español. *Revista Aranzadi* núm. 9, 3.

[24] Entre otros, VELA SÁNCHEZ, A. J. (2014). Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución «pueden» ser inscritos en el registro civil española propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014. *Diario La Ley*, núm. 8415.

[25] En este sentido, la Sociedad Española de Fertilidad ha elaborado una Propuesta de Bases Generales para la Regulación en España de la gestación por sustitución que está disponible en: http://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf, fecha de consulta: 21 de julio de 2017. y, asimismo, la Asociación para la Gestación Subrogada en España ha elaborado una ILP que está disponible en: http://gestacionsubrogadaenespaña.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/texto-ilp, fecha de consulta: 21 de julio de 2017.

[26] Ciudadanos es el partido político que lidera la aprobación de una ley reguladora de la gestación por sustitución. Puede consultarse en: https://www.ciudadanos-cs.org/nuestro-proyecto, fecha de consulta: 21 de julio de 2017. De hecho, Ciudadanos ha presentado una Proposición de Ley (núm. 20170627) reguladora del derecho a la gestación por subrogación, el 27 de abril de 2017.

[27] Dichas STEDH son principalmente los Asuntos *Mennesson* contra Francia y *Labasseé* contra Francia, de 26 de junio de 2014; Asunto *D. et autres* contra Bélgica de 8 de julio de 2014; Asunto *Laborie* contra Francia de 16 de enero de 2015, Asunto *Paradiso y Campanelli* contra Italia de 27 de enero de 2015, Asunto *Foulon y Bouvet* contra Francia de 21 de julio de 2016 y el Asunto dictado por la Gran Sala *Paradiso y Campenelli* contra Italia de 24 de enero de 2017. Quiero indicar que, en este último asunto contra Italia, no es que el TEDH haya cambiado su jurisprudencia, sino que el pronunciamiento es distinto porque los padres de intención no cumplieron con la normativa rusa sobre la *surrogacy* pues ninguno de ellos tenía vínculo genético con el menor a pesar de que la legislación rusa lo exige en un proceso de *surrogacy.*

[28] Con carácter general, puede leerse CALAZA LÓPEZ, S. (2020). Cinco retos esenciales de la imprescindible reforma de nuestra moderna justicia civil de familia: unificar, economizar, simplificar, humanizar y transferir. En E. PILLADO GONZÁLEZ (coord.), *Los conflictos de Derecho de Familia desde la justicia terapéutica.* Barcelona: Bosch, 25-62.

[29] Los requisitos que ha de controlar incidentalmente el encargado del Registro civil son: a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado. b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española. c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante. d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente. e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que este hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

[30] Es el caso, por ejemplo, de Ucrania o Rusia, donde los padres de intención han de ser pareja heterosexual, casada y al menos el padre ha de tener vínculo genético con el menor.

[31] Dicha Instrucción ha sido objeto de algunas críticas por BLANCO MORALES, P. (2019). Gestación por sustitución en España. *Almacén de Derecho* (en línea), disponible en: https://almacendederecho.org/gestacion-por-sustitucion-en-espana-y-turismo-reproductivo

[32] En este sentido, la STEDH *D.* contra Francia de 16 de julio de 2020 señala que los niños nacidos por gestación subrogada han de ser, en todo caso, inscritos como hijos de sus padres intencionales. Junto con ello, deja en manos de los Estados decidir si han de inscribirse como padres por naturaleza o por adopción, si bien, en este último caso, debe hacerlo en un plazo razonable y sin que conste la condición de hijo por subrogación.

[33] Son ya numerosas estas sentencias, que comenzaron con las SSTS de 25 de octubre y 16 de noviembre 2016.

[34] Así se establece en el NRS 126.500 a 126.810, ambos inclusive.

[35] La sección 7960(c) del *CFC* establece que *«Intended parent» means an individual, married or unmarried, who manifests the intent to be legally bound as the parent of a child resulting from assisted reproduction».*

[36] En 2005, el Tribunal Supremo de California decidió tres *companion cases,* esto es, tres asuntos que se resuelven conjuntamente porque se aplica en cada uno de ellos la misma norma, referidos a parejas de lesbianas quienes se habían reproducido a través de la subrogación. Fueron los casos*, Elisa B. v Superior Court, Kristine H. v. Lisa R. y K.M. v. E.G.* El tribunal sostuvo que, bajo la *UPA,* dos mujeres pueden ser los padres legales de un menor nacido a través de la subrogación. Esta regla se aplica presumiblemente a todos los miembros de la comunidad LGTB. Puede leerse en: http://law.justia.com/cases/california/supreme-court/2005/s126945.html, fecha de consulta: 7 de julio de 2020.

[37] En el asunto *In re Marriage of Buzzanca* (1998), el Tribunal de Apelación de California decidió que los padres de intención, aun no siendo ninguno de ellos los titulares de los gametos (se utilizaron gametos donados anónimos), eran los padres legales y naturales. Y ello, a pesar de que podían identificarse seis sujetos que podrían ser potenciales padres legales del menor: la donante de óvulos, el donante de esperma, la madre de intención, el padre de intención, la gestante o el marido de la gestante. Los argumentos esgrimidos para justificar que la madre de intención era la madre legal y natural fueron los dados en el caso *Johnson v. Calvert* (1993), que extiende y aplica a este caso. Respecto al padre de intención, el argumento que asumió para justificar que era el padre legal y natural, aun no siendo el titular del gameto, fue lo dispuesto en la sección 7613 *CFC*, según la cual el padre que consiente la inseminación a su mujer con esperma donado es padre legal y natural. Para ello, el Tribunal hizo una interpretación extensiva de dicho precepto al caso actual, lo que le permitió concluir que el padre de intención era el padre legal y natural porque tuvo la intención de serlo. Conforme a la intencionalidad determinada en el asunto *Johnson v. Calvert* (1993) para reconocer la filiación, el Tribunal igualmente la concretó, de forma semejante al caso de la madre de intención resuelto en dicho asunto, en el consentimiento dado en el contrato firmado entre los padres de intención y la mujer gestante, así como en el consentimiento prestado por ambos a todo proceso médico incluyendo la donación de gametos. Puede consultarse en: http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/4th/61/1410.html. Fecha de consulta: 7 de julio de 2020.

[38] Ello se contempla en la sección en la sección 26.26A.705.

[39] En concreto, en la sección 168-B:9 del citado estatuto.

[40] La sección 7960 (f) señala: *«Surrogate» means a woman who bears and carries a child for another through medically assisted reproduction and pursuant to a written agreement, as set forth in Sections 7606 and 7962».*

[41] Ello está motivado fundamentalmente por cómo se resolvió el caso *In re Marriage of Moschetta* (1994), en el que el Tribunal de Apelación de California trató la cuestión relativa a cómo determinar la filiación cuando un menor es concebido vía subrogación tradicional (en la que la gestante es la titular de los óvulos) y nace después de que los *IPs* se hubiesen separado. El Tribunal entendió que el padre de intención y la mujer gestante debían ser los padres legales del menor, perdiendo la madre de intención sus derechos de filiación. Puede leerse en: http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/4th/25/1218.html. Fecha de consulta: 7 de julio de 2020.

[42] Dispone: *«Gestational carrier means an adult woman who is not an intented parent and who enters into a gestational agreement to bear a child conceived using the gametes of other persons and not her own».*

[43] Ello se incluye en la sección 26.26A. 705.

[44] Así se establece en los NRS 126.740. 2 y 126.740 1. B).

[45] Dicha sección expresa, asimismo, que, si la cobertura de la responsabilidad es incierta, una declaración de ese hecho será suficiente para cumplir con los requisitos de esta sección.

[46] Para las relaciones jurídicas y la estipulación en favor en tercero en los seguros, léase, MORETÓN SANZ, M.F. (2019). Dinámica de las relaciones obligatorias contractuales y extracontractuales: principios generales de derecho y su aplicabilidad a los medios solutorios en los cambios de deudor, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 772, año núm. 95, 994-1013.

[47] Se han previsto, en concreto, en el NRS 126.750 y 126.720.

[48] Se establece en el NRS 126.750. 4.

[49] En particular, se incluye en la sección 168-B-9:10 y 168B-9:11.

[50] Con carácter previo a la regulación del *CFC* iniciada en el año 2003, el *Surrogacy Law* se conformaba únicamente con el *case-law*. En este sentido, dicha jurisprudencia se inició en el caso *Johnson v. Calvert* (1993). Este asunto ha constituido uno de los de mayor transcendencia en relación con los derechos en la subrogación (*surrogacy rights*)

que se ha dictado en USA y fue precisamente resuelto en el Estado de California. En este caso, los *IPs* eran los titulares de los gametos y firmaron un contrato de *surrogacy,* concretamente, de subrogación gestacional. A la hora de determinar la validez y eficacia de dicho contrato y, en consecuencia, de la filiación del menor, el Tribunal Supremo de California concluyó que los padres de intención, en un contrato de subrogación gestacional, deben reconocerse como los padres legales y naturales. En el caso del padre, no planteó mayores problemas considerar al padre genético como el padre natural. La discusión se planteó fundamentalmente en torno a la madre legal del menor a la que, entendió, habría de considerarse como madre legal y natural porque fue quien tuvo la intención de procrear. Justificó el Tribunal que tal intencionalidad se había concretado en la firma del contrato entre los padres de intención y la mujer gestante, así como en el consentimiento dado en todo el proceso médico por la madre de intención.

[51] En el NRS 126.750. 4

[52] En el NRS 126.750. 5.

[53] En relación con la posibilidad de acudir a la Jurisdicción, es posible que el incumplimiento de las partes lleve aparejada una reclamación de cantidad, en cuyo caso, el contrato dispone que las partes pueden acudir a los Tribunales competentes a tal fin.

[54] Su tenor literal es: «A *notarized assisted reproduction agreement for gestational carriers signed* by all the parties, with the attached declarations of independent attorneys, *and lodged with the superior court in accordance with this section, shall rebut any presumptions contained within Part 2 (commencing with Section 7540), subdivision (b) of Section 7610, and Sections 7611 and 7613, as to the gestational carrier surrogate, her spouse, or partner being a parent of the child or children».*

[55] Dispone la sección *7962 (f) (2): «The judgment or order shall terminate any parental rights of the surrogate and her spouse or partner without further hearing or evidence, unless the court or a party to the assisted reproduction agreement for gestational carriers has a good faith, reasonable belief that the assisted reproduction agreement for gestational carriers or attorney declarations were not executed in accordance with this section. Upon motion by a party to the assisted reproduction agreement for gestational carriers, the matter shall be scheduled for hearing before a judgment or order is issued. Nothing in this section shall be construed to prevent a court from finding and declaring that the intended parent is or intended parents are the parent or parents of the child where compliance with this section has not been met; however, the court shall* require sufficient proof *entitling the parties to the relief sought».*

[56] La información sobre este asunto está disponible en: https://dockets.justia.com/docket/california/cacdce/2:2016cv00742/639176, fecha de consulta: 7 de julio de 2020.

(Trabajo recibido el 15-4-2020 y aceptado para su publicación el 18-5-2020)

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 15-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Villanova i la Geltrú, número 2.

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 15-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Arteixo.

HIPOTECA: INTERÉS DE DEMORA EN LA LEY 5/2019.

Ciertamente, atendiendo a la interpretación literal y teleológica del artículo 28.3 de la Directiva 2014/17/UE, se podría haber transpuesto mediante una norma que respecto de los préstamos incluidos en el ámbito objetivo de la misma estableciera un tipo de demora legal máximo, imperativo para la entidad prestamista, pero que no impidiera pactar un tipo inferior —o incluso de no pactarse tipo de interés de demora alguno— en beneficio del prestatario, fiador o garante que tenga la consideración de consumidor. No obstante, dicha norma de la Directiva deja margen a las normas de transposición de la misma para que en el Derecho nacional se establezca un concreto tipo legal de demora que no admita pacto en contrario, logrando así una mayor certeza y seguridad jurídica.

De este modo, frente al régimen general de autonomía de la voluntad dentro de los límites legales en la contratación, el legislador español ha optado por un régimen de exclusión de la misma en materia de intereses de demora, con el fin de evitar cualquier discusión sobre la transparencia o abusividad de la cláusula reguladora de dichos intereses. Se trata, pues, de una decisión de política legislativa que excluye por completo la negociación, y por consiguiente la fijación de un tipo de demora inferior al legal.

Resolución de 15-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Madrid, número 9.

HIPOTECA: NO PUEDE EL REGISTRADOR EXIGIR QUE SE HAGA CONSTAR DE FORMA EXPRESA LA COINCIDENCIA DE LA ESCRITURA CON LA FEIN.

Son varios los 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 15-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 9.

HERENCIA: CALIFICACIÓN REGISTRAL DEL ACTA NOTARIAL DE DECLARACIÓN DE HEREDEROS.

La diferencia entre el testamento o el contrato sucesorio y la declaración judicial o acta de declaración de herederos abintestato, como títulos sucesorios atributivos o sustantivos, es sustancial. En estas últimas, lo relevante es la constatación de determinados hechos —fallecimiento, filiación, estado civil, cónyuge, etc.— de los que deriva la atribución legal de los derechos sucesorios. El llamamiento al heredero lo hace la ley (cfr. art. 657 CC); mientras que la resolución judicial o el acta notarial se limita a concretar una delación ya deferida. Y todo aquello que las separe de esta finalidad resultará incongruente con esta clase de procedimientos y podrá ser calificado por el registrador. Por el contrario, en la delación testamentaria lo prevalente es la voluntad del causante. El testamento es un negocio jurídico y, en tanto que tal, se constituye en ley de la sucesión (cfr. art. 658 CC). El mismo, como título sustantivo de la sucesión hereditaria (cfr. art. 14 de la Ley Hipotecaria), junto, en su caso, con el título especificativo o particional, serán los vehículos para que las atribuciones hereditarias sobre bienes o derechos concretos puedan acceder al Registro. Desde esta perspectiva, la calificación del título sucesorio, con arreglo al artículo 18 de la Ley Hipotecaria y conforme a los medios y límites fijados en el mismo, ha de ser integral, como la de cualquier otro título inscribible.

Al ser el testamento, como se ha indicado, el título fundamental de la sucesión, de donde se derivan los derechos de los herederos, y sobre el que el registrador ha de realizar su función calificadora, no basta con relacionar en el cuerpo de la escritura sucintamente las cláusulas manifestadas por el causante en su última voluntad, sino que tiene que expresarse formalmente por el fedatario la afirmación de exactitud de concepto en lo relacionado, con la constancia de no existir otras cláusulas que amplíen o modifiquen lo inserto. Ahora bien, en el ámbito de la sucesión intestada, esta Dirección General ha entendido que puede inscribirse la partición si en la escritura se realiza un testimonio en relación de los particulares del documento necesarios para la calificación e inscripción en el Registro de la Propiedad, los cuales quedan de este modo bajo la fe pública notarial, satisfaciéndose con ello la exigencia de documentación auténtica para la inscripción establecida en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria.

En la vigente Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria, el artículo 22.2, párrafo segundo, delimita claramente el ámbito de la calificación registral respecto de los expedientes de jurisdicción voluntaria que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales, al establecer que «la calificación de los Registradores se limitará a la competencia del Juez o Secretario judicial, a la congruencia del mandato con el expediente en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas de la resolución y a los obstáculos que surjan del Registro». En relación con la calificación registral de las actas de declaración de herederos abintestato, no hay precepto semejante, pero debe tomarse en consideración dicho artículo 22.2 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria puesto que el notario ejerce aquí la función de jurisdicción voluntaria —hasta entonces atribuida también a los jueces— en exclusiva, como órganos públicos, diferentes de los órganos jurisdiccionales (*vid.*, entre otros, los apartados IV, último párrafo, y VIII, párrafo cuarto, del preámbulo

de dicha ley), y armonizarse con los artículos 17 bis de la Ley del Notariado y 18 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 15-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad El Rosario-Área Metropolitana de Santa Cruz de Tenerife.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: DOCUMENTOS JUDICIALES.

Existiendo una sentencia judicial firme que reconoce la existencia de un contrato de permuta y que condena al ayuntamiento a la elevación a público, no puede la registradora revisar el fondo de dicha resolución poniendo en duda el cumplimiento de los requisitos para su celebración.

Resolución de 15-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Pozuelo de Alarcón, número 1.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: CARÁCTER UNITARIO. PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Como ha reiterado en numerosas ocasiones este Centro Directivo (*vid.*, por todas, la Resolución de 5 de marzo de 2014), de acuerdo con la exigencia del artículo 258.5 de la Ley Hipotecaria, la calificación ha de ser unitaria y global como expresión concreta del principio de seguridad jurídica consagrado en nuestra Constitución (art. 9.3). También tiene declarado este Centro Directivo que las consideraciones anteriores no pueden prevalecer sobre uno de los principios fundamentales del sistema registral como es el de legalidad, lo que justifica la necesidad de poner de manifiesto los defectos que se observen aun cuando sea extemporáneamente. Estando vigente el asiento de presentación, el registrador vuelve a emitir una segunda nota de calificación, con el mismo defecto (dudas para iniciar el expediente), aunque en este caso fundadas en otras circunstancias, como consecuencia de las aclaraciones efectuadas por el notario, por lo que puede entenderse justificada su actuación, al considerar alterado el contenido documental que tuvo a la vista al realizar la calificación.

El artículo 9 de la Ley Hipotecaria debe ser interpretado en el sentido de incluir en su ámbito de aplicación cualquier supuesto de modificación de entidad hipotecaria que conlleve el nacimiento de una nueva finca registral, como ocurre en este supuesto de agrupación de fincas. 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 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el curso de tales actuaciones, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. Conforme al artículo 199 de la Ley Hipotecaria, «la mera oposición de quien no

haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes determine necesariamente la denegación de la inscripción». 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.

Finalmente, debe recordarse que esta Dirección General ha señalado en Resoluciones de 8 de junio y 3 de octubre de 2016 y 9 de junio de 2017 que estas dudas en la identidad de la finca pueden ser manifestadas por el registrador al comienzo del procedimiento, evitando dilaciones y trámites innecesarios. Y esto es lo que precisamente ocurre en el supuesto de hecho de este expediente, en el que el registrador advierte dudas en cuanto a que la representación gráfica aportada se refiera a la misma porción de territorio que las fincas registrales agrupadas, lo que es presupuesto para la tramitación de este procedimiento.

Resolución de 15-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Torrejón de Ardoz, número 1.

HIPOTECA: NÚMERO DE DEPÓSITO DE LA CONDICIONES GENERALES EN EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES.

En la Instrucción de 13 de junio de 2019 de esta Dirección General, sobre el depósito de condiciones generales de la contratación, y el reflejo del mismo en las escrituras de préstamo y en el Registro de la Propiedad —a la que se remite la reciente Instrucción de este Centro de 20 de diciembre de 2019—, se analizan, entre otras, la siguiente cuestión: la necesidad, o no, de que en cualquier escritura pública de préstamo hipotecario, así como en su inscripción registral, se controle y haga constar que se ha producido el previo depósito de las condiciones generales de la contratación empleadas en la misma. 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. Si bien en el contrato de préstamo debe hacerse constar que las condiciones generales han sido objeto de depósito, y comprobarse por el notario y el registrador que dicho depósito se ha practicado, ello no impide que en la configuración del contrato se hayan acordado modificaciones respecto de esas condiciones generales, lo que es una exigencia de la flexibilidad que la contratación y el tráfico inmobiliario deben tener para adecuarse a las necesidades de las partes en cada caso particular.

En el presente caso el notario expresa que la escritura contiene condiciones generales de contratación que han sido depositadas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, advierte de la aplicabilidad de la citada Ley 7/1998, de 13 de abril, así como de la obligación de inscribir en dicho Registro los formularios de los préstamos y créditos; asimismo, añade que ha comprobado, mediante consulta telemática, que la entidad prestamista ha depositado en ese Registro condiciones generales de la contratación, habiendo cumplido dicho notario, según afirma, todas las obligaciones que, respecto de dichas condiciones generales, establece el artículo 23 y demás concordantes de la Ley 7/1998. Por todo ello, el defecto expresado en la calificación impugnada no puede ser mantenido.

Resolución de 16-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Sitges.

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 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 16-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Sitges.

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 16-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Sitges.

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 16-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Sitges.

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 16-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Sitges.

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 16-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Sitges.

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 16-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Sitges.

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 17-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Ocaña.

HIPOTECA: CONTROL DE TRANSPARENCIA. HIPOTECA: BONIFICACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS.

La registradora suspende la inscripción de la cláusula referida porque, a su juicio, existen dos objeciones: primera, que no se especifica qué circunstancias determinan la «relación más estrecha» de las que se hace depender el tipo de interés; y, segunda, que se hace depender la bonificación de interés del impago del préstamo, de modo que si a la aplicación de los intereses de demora se suma la penalización del 1% sobre los intereses ordinarios, se estaría aplicando de hecho un sobregiro de 4 puntos, excediéndose los límites legales. Ninguna de tales objeciones puede ser confirmada.

El control notarial del cumplimiento del principio de transparencia material no puede ser revisado por el registrador, de modo que este deberá limitarse en su función calificadora a comprobar que, por lo que se expresa en el título presentado, el notario haya ejercido ese control que la ley le encomienda. Por ello, si el notario afirma que ha realizado dicho control (o, lo que es lo mismo, si afirma que el prestatario ha recibido la documentación y el asesoramiento en la forma prevista en la ley) es porque han sido correctamente cumplidas las obligaciones informativas que garantizan la transparencia material en la operación crediticia.

El hecho de que este interés —remuneratorio u ordinario— al tipo vigente pueda ser incrementado en un entero por ciento si no se cumplen las condiciones establecidas para obtener la bonificación del mismo no puede confundirse con un incremento del interés moratorio; y ello aun cuando una de esas condiciones sea la falta de los pagos que procedan con arreglo al contrato, pues, como afirma el recurrente, son distintos el interés de demora y la pérdida de la bonificación, pérdida que, por otra parte no se produce automáticamente (no solo se pacta un margen de 30 días, sino que la revisión de las condiciones de aplicación se realiza con su propio calendario anual), y, por ello, es posible que, habiendo incurrido en demora, el tipo rebajado aún se prolongue durante un tiempo, igual que es posible, a la inversa, que hasta la próxima revisión el tipo superior se siga aplicando, aunque ya no se incurra en demora.

Resolución de 17-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Madrid, número 15.

HIPOTECA: NÚMERO DE DEPÓSITO DE LAS CONDICIONES GENERALES EN EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES.

En la Instrucción de 13 de junio de 2019 de esta Dirección General, sobre el depósito de condiciones generales de la contratación, y el reflejo del mismo en las escrituras de préstamo y en el Registro de la Propiedad —a la que se remite la reciente Instrucción de este Centro de 20 de diciembre de 2019—, se analizan, entre otras, la siguiente cuestión: la necesidad, o no, de que en cualquier escritura pública de préstamo hipotecario, así como en su inscripción registral, se controle y haga constar que se ha producido el previo depósito de las condiciones generales

de la contratación empleadas en la misma. 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. Si bien en el contrato de préstamo debe hacerse constar que las condiciones generales han sido objeto de depósito, y comprobarse por el notario y el registrador que dicho depósito se ha practicado, ello no impide que en la configuración del contrato se hayan acordado modificaciones respecto de esas condiciones generales, lo que es una exigencia de la flexibilidad que la contratación y el tráfico inmobiliario deben tener para adecuarse a las necesidades de las partes en cada caso particular.

En el presente caso el notario expresa que la escritura contiene condiciones generales de contratación que han sido depositadas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, advierte de la aplicabilidad de la citada Ley 7/1998, de 13 de abril, así como de la obligación de inscribir en dicho Registro los formularios de los préstamos y créditos; asimismo, añade que ha comprobado, mediante consulta telemática, que la entidad prestamista ha depositado en ese Registro condiciones generales de la contratación, habiendo cumplido dicho notario, según afirma, todas las obligaciones que, respecto de dichas condiciones generales, establece el artículo 23 y demás concordantes de la Ley 7/1998. Por todo ello, el defecto expresado en la calificación impugnada no puede ser mantenido.

Resolución de 17-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Sanlúcar la Mayor, número 2.

HERENCIA: PARTICIÓN INTERVINIENDO UN DEFENSOR JUDICIAL.

El registrador, al ejercer su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción, y habida cuenta del principio de independencia en su ejercicio, no está vinculado por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos.

En la partición, como se ha reseñado, interviene un defensor judicial en representación de una menor de edad. Debe repararse en el presente caso que el letrado de la Administración de Justicia, en el decreto de nombramiento del defensor judicial estableció que se hacía «con dispensa de posterior aprobación judicial de la partición efectuada», por lo que, conforme al artículo 1060 Código civil no cabe exigir ahora dicha aprobación.

Respecto de la interpretación de la cláusula testamentaria referida al legado ordenado en favor de la viuda, no está de más traer a colación la siguiente cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2010, en aras a precisar su naturaleza y dada la semejanza del caso en ella resuelto con el supuesto de hecho que motiva este recurso: «(...) La calificación jurídica de la disposición testamentaria relativa a la esposa del causante, hoy viuda, es clara y se ha apuntado ya: es un legado alternativo cuyo objeto son varias cosas o derechos y solo una de ellas debe adquirir el legatario, tal como dispone el artículo 874 del Código civil en su remisión a la normativa de las obligaciones alternativas. La elección corresponde al obligado a entregar una de las cosas o derechos objetos del legado, a no ser que el testador haya dispuesto que sea el legatario, como es el caso

presente ("...a su elección") (...)». Cabe añadir que la elección de dicha legataria es por completo libre, por lo que si decide no aceptar el legado de usufructo universal, es indudable que el legado sucesivo ordenado en favor de la hija menor del causante no es que se haya extinguido por renuncia, como erróneamente se indica en la nota recurrida, es que simplemente no puede nacer, al no haberlo hecho el que le habría de preceder en pura secuencia lógica.

Debe concluirse, por tanto, que la adjudicación concreta cuestionada no queda en absoluto fuera de lo particional; y sin que —como ya se ha expuesto— pueda cuestionarse por el registrador en la calificación impugnada lo ya calificado e inscrito en otro Registro, pues tal inscripción ya practicada solo puede ser atacada judicialmente. Podrá eventualmente y en su caso dicha impugnación afectar a la partición realizada en su conjunto, y por ende a la adjudicación que motiva este recurso; pero esta sería una cuestión que escapa por entero de la calificación registral que en este recurso se enjuicia, pues la hija y heredera menor de edad estaba legal y debidamente representada en la partición por un defensor judicial, al que se confirieron unas facultades tan inequívocas y claras como las antes reseñadas.

Resolución de 17-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 1.

INMATRICULACIÓN POR EXPEDIENTE DE DOMINIO NOTARIAL: REQUISITOS.

Cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, según los principios básicos de todo procedimiento y conforme a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación (cfr. art. 19 bis de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 2 de octubre de 1998, 22 de marzo de 2001, 14 de abril de 2010, 26 de enero de 2011 y 20 de julio de 2012, entre otras muchas). En el presente caso la nota de calificación es totalmente insuficiente, adoleciendo de una absoluta falta de motivación.

Entrando en el fondo de la cuestión, el requisito de coincidencia de la titularidad catastral con el adquirente o transmitente en la inmatriculación, se contenía en el apartado 1 del artículo 298 del Reglamento Hipotecario. Este requisito reglamentario se refería exclusivamente a la inmatriculación por título público regulada en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, sin que pueda pretenderse una aplicación extensiva del precepto a los supuestos de inmatriculación por expediente de dominio, en cuya regulación actual (art. 203 de la Ley Hipotecaria) no se contempla tal exigencia (cfr. Resolución de 30 de agosto de 2017).

Cuestión distinta es la circunstancia de hallarse una finca incursa en un procedimiento de investigación conforme a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre. En primer lugar, podría determinar la existencia de duda de invasión del dominio público. En tal caso se requeriría que tal duda se encontrase debidamente fundamentada y que se procediese conforme a lo prescrito en el artículo 203 de la Ley Hipotecaria. En segundo lugar, la meritada circunstancia podría plantear si debió efectuarse por el notario, en la tramitación del expediente, notificación a la

Administración que tramita el citado procedimiento, en base a la regla quinta del apartado 1 del artículo 203 de la Ley Hipotecaria. Sin embargo, en el supuesto de este expediente la calificación de la registradora no hace referencia alguna a la circunstancia de encontrarse la finca «en investigación». A tal circunstancia alude la registradora en el informe pero no en la nota de calificación, y es doctrina de esta Dirección General que el informe es un trámite en el que el registrador puede profundizar sobre los argumentos utilizados para determinar los defectos señalados en su nota de calificación, pero en el que en ningún caso se pueden añadir nuevos defectos.

Resolución de 17-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 1.

INMATRICULACIÓN POR EXPEDIENTE DE DOMINIO NOTARIAL: REQUISITOS.

Cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, según los principios básicos de todo procedimiento y conforme a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación (cfr. art. 19 bis de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 2 de octubre de 1998, 22 de marzo de 2001, 14 de abril de 2010, 26 de enero de 2011 y 20 de julio de 2012, entre otras muchas). En el presente caso la nota de calificación es totalmente insuficiente, adoleciendo de una absoluta falta de motivación.

Entrando en el fondo de la cuestión, el requisito de coincidencia de la titularidad catastral con el adquirente o transmitente en la inmatriculación, se contenía en el apartado 1 del artículo 298 del Reglamento Hipotecario. Este requisito reglamentario se refería exclusivamente a la inmatriculación por título público regulada en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, sin que pueda pretenderse una aplicación extensiva del precepto a los supuestos de inmatriculación por expediente de dominio, en cuya regulación actual (art. 203 de la Ley Hipotecaria) no se contempla tal exigencia (cfr. Resolución de 30 de agosto de 2017).

Cuestión distinta es la circunstancia de hallarse una finca incursa en un procedimiento de investigación conforme a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre. En primer lugar, podría determinar la existencia de duda de invasión del dominio público. En tal caso se requeriría que tal duda se encontrase debidamente fundamentada y que se procediese conforme a lo prescrito en el artículo 203 de la Ley Hipotecaria. En segundo lugar, la meritada circunstancia podría plantear si debió efectuarse por el notario, en la tramitación del expediente, notificación a la Administración que tramita el citado procedimiento, en base a la regla quinta del apartado 1 del artículo 203 de la Ley Hipotecaria. Sin embargo, en el supuesto de este expediente la calificación de la registradora no hace referencia alguna a la circunstancia de encontrarse la finca «en investigación». A tal circunstancia alude la registradora en el informe pero no en la nota de calificación, y es doctrina de esta Dirección General que el informe es un trámite en el que el registrador puede profundizar sobre los argumentos utilizados para determinar los defectos

señalados en su nota de calificación, pero en el que en ningún caso se pueden añadir nuevos defectos.

Resolución de 17-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 12.

CONTROL DE LOS MEDIOS DE PAGO: ESCRITURA DE LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES.

La cuestión relativa a la constancia de los medios de pago en escritura pública no es algo esencialmente novedoso en nuestro ordenamiento (baste recordar la normativa que tradicionalmente lo ha exigido en materia de inversiones extranjeras y control de cambios), si bien la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, por la que se procede a modificar los artículos 17, 23 y 24 de la Ley del Notariado y 21 y 254 de la Ley Hipotecaria, incorporó elementos muy distintos e introdujo reformas en la legislación hipotecaria y notarial con el objetivo fundamental de que la respectiva actuación de los notarios y registradores contribuya activamente en la prevención del fraude fiscal.

Vistos los requisitos legales para la exigibilidad de la constancia de los medios de pagos, procede examinar si el supuesto del documento calificado se incluye en el ámbito de aplicación de la Ley de prevención de fraude fiscal. A la liquidación de la sociedad conyugal con existencia de contraprestación en dinero o signo que lo represente, le es de aplicación la referida ley sobre medios de pagos.

Resolución de 17-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Eivissa, número 2.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Debe decidirse en este expediente si es inscribible una representación gráfica alternativa a la catastral. Una vez realizadas las actuaciones previstas en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, el registrador suspende la inscripción oponiendo dudas de que dicha representación gráfica invada una finca colindante inmatriculada, atendiendo a diversas circunstancias descriptivas que se detallan de modo pormenorizado en la calificación, transcrita más arriba, a lo que se une la oposición del titular registral de la misma.

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 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el curso de tales actuaciones, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. Conforme al artículo 199 de la Ley Hipotecaria, «la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes determine necesariamente la denegación de la inscripción». 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.

Debe recordarse, como se indicó en la Resolución de 19 de julio de 2016 (reiterada en otras posteriores), que el objeto de la intervención de los titulares colindantes en los procedimientos de concordancia del Registro con la realidad física es evitar que puedan lesionarse sus derechos y en todo caso que se produzcan situaciones de indefensión. Toda vez que existen dudas que impiden la inscripción de la representación gráfica, podrá acudirse al expediente de deslinde regulado en el artículo 200 de la Ley Hipotecaria (tal y como prevé para estos casos el propio art. 199), sin perjuicio de poder acudir al juicio declarativo correspondiente (cfr. art. 198 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 17-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Fuenlabrada, número 4.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Con carácter previo es preciso recordar que el recurso contra la calificación registral tiene exclusivamente por objeto revisar las calificaciones negativas emitidas por los registradores de la propiedad y que, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. No obstante lo anterior, en la escritura se inserta copia del libro de familia acreditativa de que el causante contrajo primeras nupcias en el año 2010 con la adjudicataria, y se hace constar que la finca pertenece al causante por compra en estado de soltero, aunque en el título de adquisición figura casado. Esta afirmación está poniendo de manifiesto un error en el título que causó la inscripción por lo que el acceso al registro de la adjudicación hereditaria pasa necesariamente por la rectificación registral.

La rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho — lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho. La rectificación registral se practica conforme indica el artículo 40 de la Ley Hipotecaria. La rectificación del estado civil del causante afecta al régimen jurídico del bien adquirido, régimen publicado por el Registro de la Propiedad y amparado por el principio de legitimación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual «a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo».

Es cierto que esta Dirección General ha declarado en diversas ocasiones 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. En aplicación de esta doctrina este Centro Directivo ha aceptado la rectificación del contenido del Registro, y del carácter

ganancial del bien, cuando de la documentación aportada ha resultado, indubitadamente, que el bien carecía de la cualidad publicada por el Registro de la Propiedad.

En el supuesto de hecho que da lugar a la presente, lo que se discute no es ya directamente el carácter del bien (privativo o ganancial) adquirido por el titular registral, ni el régimen económico-matrimonial aplicable al mismo, ni la vecindad civil de los esposos, como elemento condicionante de aquel, sino el mismo estado civil del referido titular registral, que, según el título ahora calificado, era soltero al tiempo de la adquisición en clara contradicción con el estado civil de casado que el mismo manifestó en su comparecencia en el acto del otorgamiento de la escritura en la que adquirió. La prueba de la soltería a los efectos de rectificar la inscripción del titular registral en el Registro de la Propiedad requeriría como condición necesaria, sin que ahora se prejuzgue su suficiencia dadas las circunstancias concurrentes, certificación de nacimiento en que no se refleje nota marginal alguna de referencia a otra de matrimonio de la persona (sin perjuicio de los supuestos de nulidad matrimonial). Siendo por tanto insuficientes los documentos presentados en el Registro para probar de forma indubitada que no hubo un matrimonio anterior, debe confirmarse la calificación del registrador.

Resolución de 17-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Madrid, número 11.

REQUISITOS FISCALES: IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DEL VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA.

Se trata de dilucidar en este expediente si la instancia solicitando la prórroga del plazo para la liquidación y pago del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Bienes de Naturaleza Urbana que acompaña a una escritura de partición hereditaria, es suficiente para levantar el cierre registral del artículo 254 de la Ley Hipotecaria. Dicha instancia tiene sello de entrada en uno de los Registros de entrada del Ayuntamiento de Madrid. El texto de la instancia se limita a indicar que la misma va acompañada de «la liquidación a presentar».

El llamado 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, para el ámbito municipal del término de Madrid, por la disposición adicional sexta de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid. Y con efectos en todo el territorio nacional 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. El Ayuntamiento de Madrid ha aprobado la correspondiente Ordenanza Fiscal y en su artículo 33, ha recogido el cierre registral y ha detallado cómo debe entenderse acreditado el cumplimiento de las obligaciones tributarias derivadas de este impuesto para evitar el referido cierre del Registro.

La solicitud de prórroga puede considerarse, a efectos de levantamiento del cierre registral, equiparable a la declaración tributaria, siempre y cuando el documento en el que se solicita la prórroga contenga, al menos, determinados datos, como la indicación de la persona heredera o herederas, el nombre del causante y la fecha del fallecimiento, así como referencia a la finca transmitida, circunstancias que concurren en el presente caso.

Resolución de 17-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Madrid, número 11.

REQUISITOS FISCALES: IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DEL VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA.

Se trata de dilucidar en este expediente si la instancia solicitando la prórroga del plazo para la liquidación y pago del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Bienes de Naturaleza Urbana que acompaña a una escritura de partición hereditaria, es suficiente para levantar el cierre registral del artículo 254 de la Ley Hipotecaria. Dicha instancia tiene sello de entrada en uno de los Registros de entrada del Ayuntamiento de Madrid. El texto de la instancia se limita a indicar que la misma va acompañada de «la liquidación a presentar».

El llamado 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, para el ámbito municipal del término de Madrid, por la disposición adicional sexta de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid. Y con efectos en todo el territorio nacional 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. El Ayuntamiento de Madrid ha aprobado la correspondiente Ordenanza Fiscal y en su artículo 33, ha recogido el cierre registral y ha detallado cómo debe entenderse acreditado el cumplimiento de las obligaciones tributarias derivadas de este impuesto para evitar el referido cierre del Registro.

La solicitud de prórroga puede considerarse, a efectos de levantamiento del cierre registral, equiparable a la declaración tributaria, siempre y cuando el documento en el que se solicita la prórroga contenga, al menos, determinados datos, como la indicación de la persona heredera o herederas, el nombre del causante y la fecha del fallecimiento, así como referencia a la finca transmitida, circunstancias que concurren en el presente caso.

Resolución de 20-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Castro Urdiales.

OBRA NUEVA: DELIMITACIÓN DEL ESPACIO DE SUELO OCUPADO POR LA EDIFICACIÓN.

Como es doctrina reiterada de este Centro Directivo, para inscribir cualquier edificación, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente en el Registro de la Propiedad a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la Ley 13/2015, será requisito, en todo caso que la porción de suelo ocupada habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica. Cuando la finca no tiene previamente inscrita su georreferenciación, tal análisis geométrico espacial resultará difícil en ocasiones o imposible en otras, y puede no llegar a disipar las dudas acerca de si la concreta edificación declarada está o no efectivamente ubicada en su totalidad dentro de la finca sobre la que se declara.

Con carácter general, la obligada georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, no requiere, desde el punto de vista procedimental, que se tramite un procedimiento jurídico especial con notificación y citaciones a colindantes y posibles terceros afectados, salvo que registrador en su calificación sí lo estimare preciso para disipar tales dudas fundadas acerca de que la edificación se encuentre efectivamente incluida en la finca sobre la que se declara.

La circunstancia de ubicarse la edificación en los límites de la parcela o, aún más, ocupando la totalidad de la misma, es relevante a la hora de determinar si la misma puede extralimitarse de la finca registral desde el punto de vista espacial o geométrico. La expresión de las coordenadas de la porción de suelo ocupada por la edificación, conllevan la ubicación indudable de esta en el territorio, por lo que en caso de situarse todo o parte de las coordenadas en los límites de la finca quedará determinada siquiera parcialmente la ubicación de la finca, y consecuentemente la de la finca colindante, con riesgo de que la determinación y constancia registral de esta ubicación se realice sin intervención alguna de los titulares de fincas colindantes, como prevén los artículos 9.b) y 199 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 20-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Peñafiel.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: INDEPENDENCIA. FINCA REGISTRAL: DATOS DESCRIPTIVOS. CONCURSO DE ACREEDORES: TÍTULO INSCRIBIBLE DE LA ENAJENACIÓN EN FASE DE LIQUIDACIÓN.

Como cuestión previa ha de abordarse la alegación realizada por el recurrente respecto al hecho de que este mismo título había sido ya inscrito con anterioridad en otros Registros. En este sentido no cabe sino insistir en la reiterada doctrina de este Centro Directivo que proclama el principio de independencia de la calificación registral, en cuya virtud el registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación de dicho 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.

Siendo la finca el elemento primordial de nuestro sistema registral —de folio real—, por ser la base sobre la que se asientan todas las operaciones con trascendencia jurídico real (cfr. arts. 1, 8, 9, 17, 20, 38 y 243 de la Ley Hipotecaria y 44 y 51.6 del Reglamento Hipotecario), constituye presupuesto básico de toda actividad registral la identidad o coincidencia indubitada entre la finca que aparece descrita en el título presentado y la que figura inscrita en el Registro. En relación con los inmuebles ya inscritos cuya descripción ya recoge el conjunto de requisitos establecidos en el ordenamiento hipotecario, la omisión o discrepancia de algunos de los datos descriptivos con que estos figuran en el Registro no constituye en todo caso un obstáculo para la inscripción si su ausencia no impide la perfecta identificación de la finca. En el presente caso, del título inicialmente presentado no resulta referencia alguna que permita la identificación de las fincas afectadas, por lo que procede confirmar el defecto señalado en la nota de calificación impugnada. Debe advertirse que no puede tenerse en cuenta la documentación aportada con el escrito de recurso y que no pudo ser valorada por la registradora al hacer la calificación.

El segundo defecto objeto de recurso se centra en determinar si es necesario el otorgamiento de escritura pública para poder inscribir una venta directa de una serie de bienes que forman una unidad productiva en el marco de un proceso concursal. Se ha de comenzar confirmando que no cabe duda de que esta cuestión es susceptible de calificación por parte de la registradora en los términos que prevé el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, porque la clase de título inscribible afecta a los obstáculos derivados de la legislación registral.

Para inscribir en el Registro los actos de enajenación o gravamen de bienes o derechos que integren la masa activa del concurso será necesario que se acredite ante el registrador la obtención del oportuno auto autorizatorio, por medio del correspondiente testimonio extendido por el secretario judicial que acredite la autenticidad y el contenido del citado auto, dando fe del mismo. El testimonio de una resolución judicial, en este caso un auto, es título público a los efectos del artículo 3 de la Ley Hipotecaria (bien sea como título principal, o, como es el caso, como complementario). Pero para inscribir la transmisión es imprescindible que el título material —en este caso la enajenación autorizada por el juez— conste en el título formal adecuado, es decir, «el documento o documentos públicos en que funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse aquella y que hagan fe, en cuanto al contenido que sea objeto de la inscripción, por sí solos o con otros complementarios, o mediante formalidades cuyo cumplimiento se acredite» (art. 33 del Reglamento Hipotecario). El título a efectos de la inscripción será por tanto —como título principal— la escritura pública, en la que conste el negocio traslativo, complementada por el título formal que acredite la autorización judicial. Es cierto, como se resalta en el escrito de recurso, que también esta Dirección General, en su Resolución de 6 de octubre de 2015, admitió la inscripción directa de un auto que acordaba la adjudicación de bienes del concursado, sin necesidad del otorgamiento de escritura notarial. Pero, como la propia resolución puso de manifiesto, concurrían en aquel caso una serie de circunstancias especiales que justificaban esta solución excepcional.

Resolución de 20-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Tremp.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN: EMBARGO DE OTRO EMBARGO.

El registrador puede y debe calificar si se ha cumplido la exigencia de tracto aun cuando se trate de documentos judiciales, ya que precisamente el artículo 100 del Reglamento Hipotecario permite al registrador calificar del documento judicial «los obstáculos que surjan del Registro», y entre ellos se encuentra la imposibilidad de practicar un asiento registral si no ha sido parte o no ha sido oído el titular registral en el correspondiente procedimiento judicial.

En el presente expediente, el titular registral de la finca no ha sido parte en el procedimiento de ejecución ni consta que haya tenido la posibilidad de intervenir, ya que en este se demandó exclusivamente al titular del embargo que fue a su vez embargado. El principio de tracto sucesivo y la prohibición de indefensión mencionados exigen la intervención del titular registral de la finca en la ejecución. Además, debe señalarse que lo embargado no es la finca registral, sino el crédito que ostentaba el primer embargante contra el titular registral, supuesto diferente al reembargo del artículo 610 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cuestión distinta

es que se hubiera pretendido el acceso al Registro de la subrogación procesal derivada de la ejecución del embargo del derecho de crédito anotado, la cual no necesita de intervención del deudor, sino a los limitados efectos de ue el deudor que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor quedará libre de la obligación (art. 1527 CC), pero esta es una cuestión que no se ha planteado en el recurso (art. 326 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 20-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Hoyos.

OBRA NUEVA: SEGURO DECENAL Y TRANSMISIÓN A TERCEROS EN LOS DIEZ AÑOS SIGUIENTES.

La Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, dio nueva redacción a la disposición adicional segunda de la Ley de Ordenación de la Edificación, añadiendo un nuevo párrafo a su número Uno, para incorporar una excepción a la regla general de la obligatoriedad del seguro de caución antes referido, en «el supuesto del autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio». Como contra excepción se añade a continuación que, sin embargo, en el caso de producirse la transmisión «*inter vivos*» dentro del plazo de diez años «el autopromotor, salvo pacto en contrario, quedará obligado a la contratación de la garantía a que se refiere el apartado anterior por el tiempo que reste para completar los diez años. A estos efectos, no se autorizarán ni inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de transmisión *"inter vivos"* sin que se acredite y testimonie la constitución de la referida garantía, salvo que el autopromotor, que deberá acreditar haber utilizado la vivienda, fuese expresamente exonerado por el adquirente de la constitución de la misma».

Para la exoneración del seguro, dado que se está vendiendo la finca, es el promotor-vendedor el que tiene que acreditar en el momento del otorgamiento que ha destinado a uso propio la vivienda, y para ello no basta, como se ha indicado, una mera manifestación. Tampoco es suficiente a tal efecto la simple solicitud de licencia de primera ocupación, pues nada acredita, ni la declaración del adquirente relativa al destino para uso propio que carece de trascendencia alguna a los efectos de exonerar la constitución del seguro. Es más, ni siguiera en el supuesto en que hubiese sido concedida la licencia de primera ocupación podría tomarse como base para dar por acreditado el uso propio de la vivienda, pues si bien tal licencia acredita que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable, no prueba la efectividad y realidad de este uso.

Resolución de 21-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Mérida, número 2.

NOTA DE AFECCIÓN FISCAL: CANCELACIÓN.

Según reiterada doctrina de este Centro Directivo (*vid.* resoluciones citadas en «Vistos»), en los recursos, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria,

solo cabe tener en cuenta los documentos presentados en tiempo y forma, es decir, que hayan sido calificados por el registrador, sin que sea admisible que se aporten al interponer el recurso; sin perjuicio de que los interesados puedan volver a presentar los títulos cuya inscripción no se admitió, en unión de los documentos aportados durante la tramitación del recurso a fin de obtener una nueva calificación.

Para proceder a la cancelación de la nota de afección al pago del impuesto establecida en el artículo 100.3 del Reglamento del ISyD sería necesario, bien que se acredite el pago del Impuesto con carácter firme o el transcurso del plazo de caducidad de dicha nota, bien que medie consentimiento de la Hacienda Pública que es el titular registral o resolución judicial firme que ordene dicha cancelación (cfr. arts. 1, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria). Ninguno de dichos extremos concurre en el presente caso.

Resolución de 21-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Pastrana-Sacedón.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: CERTIFICACIÓN CATASTRAL EN TÉRMINOS COINCIDENTES CON EL TÍTULO.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que la legislación aplicable (tanto con anterioridad o posterioridad a la reforma operada por la Ley de 24 de junio de 2015, de modificación de la legislación hipotecaria y del Catastro) impone que en todo caso, y con independencia del medio inmatriculador utilizado, resulta imprescindible para cuando acceda por primera vez una finca al Registro la aportación de una certificación catastral descriptiva y gráfica en términos totalmente coincidentes con la descripción que se ha incorporada al título inmatriculador. En el concreto procedimiento de concordancia regulado en el artículo 205 —al igual que en el regulado en el artículo 203—, no existe expresa previsión legal de admisión de representaciones gráficas alternativas a la catastral, a diferencia de lo que ocurre en otros muchos preceptos del título VI —por ejemplo, el 199.2, el 200, el 201, el 202, el 204 o el 206— en los que sí se admite expresamente tal representación alternativa.

Resolución de 21-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Madrid, número 5.

HIPOTECA: APLICACIÓN DE LA LEY 2/2009.

El artículo 1, número 1 letra a) de la Ley 2/2009 dispone actualmente como ámbito objetivo de aplicación de la misma «la concesión de préstamos o créditos hipotecarios, distintos a los previstos en el artículo 2.1.a) y b) de la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación», que realicen de manera profesional personas físicas o jurídicas en favor de otras personas físicas o jurídicas que tengan la condición de consumidores por actuar en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional.

Dado que en este supuesto el inmueble objeto de la garantía se trata de un local de negocio, el préstamo no se encontraría comprendido dentro del ámbito del artículo 2.1.a) que exige un uso residencial del inmueble hipotecado. Procede, en consecuencia, determinar cuál es el ámbito de aplicación del artículo 2.1.b) que, en principio, comprende tanto los préstamos personales como los garantizados con cualquier garantía real que no recaiga sobre un inmueble de uso residencial que respondan a la finalidad recogida en el mismo concedidos a prestatarios personas físicas consumidoras. La Instrucción de esta Dirección General de 20 de diciembre de 2019, sobre la actuación notarial y registral ante diversas dudas en la aplicación de la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, ha considerado como más ajustada a la voluntad del legislador la interpretación literal del artículo, compresiva de todo tipo de inmuebles. Respecto al significado que debe darse a que la finalidad del préstamo tenga que ser para «adquirir o conservar derechos de propiedad», la citada Instrucción de 20 de diciembre de 2019 ha señalado que comprende aquellos préstamos destinados: 1) «A pagar todo o parte del precio de la compra de un inmueble (de cualquier naturaleza)», u obtener un derecho a adquisición de la propiedad (derecho de opción de compra, derechos de tanteo o retracto convencional, etc.); considerándose que el préstamo destinado simultáneamente a adquirir y rehabilitar el inmueble deben ser objeto de tratamiento unitario porque la finalidad económica de la total operación será finalmente adquirirlo en estado de que sea habitable o susceptible de explotación; 2) «A verificar los pagos para levantar un embargo» u otra carga real cuyo impago pueda originar la pérdida del derecho de propiedad (condición resolutoria, hipoteca, etc.); 3) «A refinanciar un préstamo anterior que se hubiera contraído con esa misma finalidad adquisitiva o que estuviera garantizado mediante una hipoteca sobre un inmueble, para posibilitar la conservación de la propiedad etc.»; y, como supuestos especiales, 4) «Los créditos garantizados (con cualquier tipo de garantía) destinados a la renovación de bienes inmuebles para uso residencial (artículo 46 Directiva 2014/17/UE in fine)», antes aludidos; y 5) Los créditos destinados a evitar la ruina de un edificio cualquiera que fuere su carácter urbanístico. No quedan, por tanto, incluidos dentro del ámbito de la Ley 5/2019 el resto de los préstamos y créditos, y, en concreto, aquellos destinados a realizar obras de conservación, rehabilitación, reforma, ampliación o mejora de inmuebles de uso no residencial, se encuentren o no garantizados, verificados después de su adquisición.

El otorgamiento de sucesivos préstamos hipotecarios en un número significativo constituye, indudablemente, un indicio suficiente del desarrollo de una actividad profesional, que justifica la exigencia por parte del registrador del cumplimiento de los requisitos legales exigibles; quedando desvirtuada la manifestación del prestamista de no ejercer de forma profesional la actividad efectuada en la escritura, por los datos obrantes en el mismo o en los diferentes Registros de la Propiedad, que revelan una habitualidad en la concesión de préstamos con garantía hipotecaria. La concesión de simplemente dos préstamos constituye indicio suficiente acerca de la cuestión debatida.

El artículo 2 de la Directiva 93/13/CEE define al consumidor como «toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional», el artículo 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 2007 considera consumidores o usuarios a «las personas físicas o jurídicas o entidades sin personalidad jurídica que actúen en un ámbito ajeno a una actividad comercial, empresarial, oficio o profesión», y el artículo 1 de la propia Ley 2/2009 declara que «tienen la consi-

deración de consumidores las personas físicas y jurídicas que, en los contratos a que se refiere esta Ley, actúan en un ámbito ajeno a su actividad profesional o empresarial». Como ha afirmado la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2019, el concepto de consumidor debe interpretarse restrictivamente, siempre atendiendo a la posición de la persona en un contrato determinado y en conexión con la naturaleza y finalidad de este, de manera que una misma persona puede ser considerada como consumidor en ciertas operaciones, y como operador económico (profesional o empresario) en otras; de manera que solo a los contratos celebrados fuera y con total independencia de cualquier actividad o finalidad profesional, y con el único objetivo de satisfacer necesidades de consumo privado de un individuo, les será de aplicación la normativa sobre protección del consumidor considerado como parte débil, mientras que esa protección no se justifica en los contratos cuyo objetivo consista en una actividad profesional.

No obstante, con arreglo a esta última posibilidad, la reiteración del prestatario en la indicación de que el préstamo se destina al desarrollo de su actividad empresarial y también de que no le es aplicable la Ley 2/2009, se considera suficiente, más allá del uso de términos concretos, para entender que está actuando dentro del marco específico de su actividad como tal empresario, máxime en este supuesto en que nos encontramos ante una hipoteca unilateral, en la que las manifestaciones del prestatario y/o hipotecante no se encuentran constreñidas por la intervención del predisponente.

Resolución de 21-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Jaén, número 2.

PROCEDIMIENTO 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 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el curso de tales actuaciones, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. Conforme al artículo 199 de la Ley Hipotecaria, «la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes determine necesariamente la denegación de la inscripción». El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el presente caso resultan claramente identificadas y fundamentadas las dudas del registrador en la nota de calificación en cuanto a la existencia de conflicto entre fincas colindantes y posible invasión de una parcela catastral colindante. Aunque no resulta del expediente que la finca colindante se encuentra inmatriculada, en este caso se trata de una representación gráfica alternativa que altera el perímetro catastral. Resulta destacable que la oposición del colindante se fundamenta con diversa documentación gráfica que se aporta al expediente, que pone de manifiesto el conflicto en relación con una concreta franja de terreno.

Resolución de 21-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 4.

PROCEDIMIENTO 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 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el curso de tales actuaciones, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. Conforme al artículo 199 de la Ley Hipotecaria, «la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes determine necesariamente la denegación de la inscripción». El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En la Resolución de 7 de junio de 2019 se trató prácticamente el mismo supuesto, en un recurso contra el mismo registrador y por el mismo asunto, siendo así que el camino objeto de controversia sigue ubicándose dentro de los límites físicos de la finca; y la oposición del cotitular de la finca objeto de la presente no se ha desvirtuado. Por tanto, como también se dijo en la citada Resolución, y ahora se reitera, las dudas del registrador en la nota de calificación están justificadas, en cuanto ponen de manifiesto una controversia con los colindantes, toda vez que la oposición formulada se fundamenta en documentación fehaciente que pone de manifiesto la existencia de un litigio, relativo a un camino que se incardina dentro de la base gráfica cuya inscripción se pretende.

Resolución de 22-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Zafra.

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 22-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Granada, número 1.

HIPOTECA: NÚMERO DE DEPÓSITO DE LA CONDICIONES GENERALES EN EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES.

En la Instrucción de 13 de junio de 2019 de esta Dirección General, sobre el depósito de condiciones generales de la contratación, y el reflejo del mismo en las escrituras de préstamo y en el Registro de la Propiedad —a la que se remite la reciente Instrucción de este Centro de 20 de diciembre de 2019—, se analizan, entre otras, la siguiente cuestión: la necesidad, o no, de que en cualquier escritura pública de préstamo hipotecario, así como en su inscripción registral, se controle y haga constar que se ha producido el previo depósito de las condiciones generales de la contratación empleadas en la misma. 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. Si bien en el contrato de préstamo debe hacerse constar que las condiciones generales han sido objeto

de depósito, y comprobarse por el notario y el registrador que dicho depósito se ha practicado, ello no impide que en la configuración del contrato se hayan acordado modificaciones respecto de esas condiciones generales, lo que es una exigencia de la flexibilidad que la contratación y el tráfico inmobiliario deben tener para adecuarse a las necesidades de las partes en cada caso particular.

En el presente caso el notario expresa que la escritura contiene condiciones generales de contratación que han sido depositadas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, advierte de la aplicabilidad de la citada Ley 7/1998, de 13 de abril, así como de la obligación de inscribir en dicho Registro los formularios de los préstamos y créditos; asimismo, añade que ha comprobado, mediante consulta telemática, que la entidad prestamista ha depositado en ese Registro condiciones generales de la contratación, habiendo cumplido dicho notario, según afirma, todas las obligaciones que, respecto de dichas condiciones generales, establece el artículo 23 y demás concordantes de la Ley 7/1998. Por todo ello, el defecto expresado en la calificación impugnada no puede ser mantenido.

Resolución de 22-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Santa Fe, número 2.

HIPOTECA: NÚMERO DE DEPÓSITO DE LA CONDICIONES GENERALES EN EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES.

En la Instrucción de 13 de junio de 2019 de esta Dirección General, sobre el depósito de condiciones generales de la contratación, y el reflejo del mismo en las escrituras de préstamo y en el Registro de la Propiedad —a la que se remite la reciente Instrucción de este Centro de 20 de diciembre de 2019—, se analizan, entre otras, la siguiente cuestión: la necesidad, o no, de que en cualquier escritura pública de préstamo hipotecario, así como en su inscripción registral, se controle y haga constar que se ha producido el previo depósito de las condiciones generales de la contratación empleadas en la misma. 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. Si bien en el contrato de préstamo debe hacerse constar que las condiciones generales han sido objeto de depósito, y comprobarse por el notario y el registrador que dicho depósito se ha practicado, ello no impide que en la configuración del contrato se hayan acordado modificaciones respecto de esas condiciones generales, lo que es una exigencia de la flexibilidad que la contratación y el tráfico inmobiliario deben tener para adecuarse a las necesidades de las partes en cada caso particular.

En el presente caso el notario expresa que la escritura contiene condiciones generales de contratación que han sido depositadas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, advierte de la aplicabilidad de la citada Ley 7/1998, de 13 de abril, así como de la obligación de inscribir en dicho Registro los formularios de los préstamos y créditos; asimismo, añade que ha comprobado, mediante consulta telemática, que la entidad prestamista ha depositado en ese Registro condiciones generales de la contratación, habiendo cumplido dicho notario, según afirma, todas las obligaciones que, respecto de dichas condiciones generales, establece el artículo 23 y demás concordantes de la Ley 7/1998.

Por todo ello, el defecto expresado en la calificación impugnada no puede ser mantenido.

Resolución de 22-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Belorado.

HERENCIA: INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han coincidido en que el centro de gravedad de la interpretación de las disposiciones de última voluntad radica esencialmente en la fijación de la voluntad real del testador, esto es, sentido espiritualista de las disposiciones. Ciertamente el primer elemento en la interpretación de los testamentos es el literal, pero merced a la utilización de otros elementos interpretativos se debe establecer cuál es el verdadero significado de las cláusulas testamentarias. El Tribunal Supremo ha hecho aplicación en numerosas ocasiones de la prueba extrínseca, y señala la importancia del factor teleológico y sistemático con objeto de llegar a una interpretación armónica del testamento.

En principio, la interpretación del testamento corresponde a los herederos, o en su caso al albacea o en su defecto a la Autoridad Judicial y que a falta de datos concluyentes que resulten del testamento, debe prevalecer la interpretación literal de sus cláusulas. Así pues, la interpretación del testamento en caso de colisión de decisión entre los herederos, y a falta de albacea, contador partidor o cualquier figura designada por el testador para ello, corresponde, en particular, a los Tribunales de instancia. Centrados en el concreto supuesto de este expediente, la interpretación del testamento del esposo de la causante ha sido realizada por los herederos de ella, y no por los herederos llamados como fideicomisarios por el testador-esposo de la misma, que, por su parte, han otorgado una escritura divergente en cuanto a la adjudicación de las citadas fincas, que ha sido presentada en el Registro. En consecuencia, no puede ser aceptada la interpretación dada por aquellos herederos de la causante, que sin estar habilitados para hacerla por sí solos, además, están interesados en la misma.

En cuanto a la cuestión central de este expediente, esto es, la interpretación de la cláusula del testamento del esposo de la causante, literalmente reza así: «Instituye heredera fiduciaria en todos sus derechos, bienes y acciones a su esposa Doña A. O. L., con la condición de que no contraiga nuevo matrimonio, pues en este caso quedará sin efecto y reducida a su cuota legal usufructuaria, y la sustituye vulgar y fideicomisariamente por sus hermanos Doña M. y Don B., sustituidos a su vez por sus respectivos descendientes legítimos». Pues bien, de los términos literales y las palabras utilizadas por el testador, resulta que está llamada como «heredera fiduciaria» y no como «heredera pura», y, dado que de un testamento abierto notarial se trata, es evidente que la redacción de aquel, tiene el significado técnico que asigna el ordenamiento, puesto que es función y obligación del notario, lo que cumple escrupulosamente, que la redacción se ajuste a la voluntad del testador, en estilo preciso y observando la propiedad del lenguaje y los tecnicismos precisos para que la voluntad del testador quede plasmada de forma fiel en el testamento. Bien es cierto, que otra redacción de la cláusula, en la que la condición determinase de forma clara que los fideicomisarios entraran en el llamamiento solo para el caso de nuevas nupcias de la fiduciaria, determinaría otra forma de llamamiento, pero

esto no resulta de los términos en los que está redactada la disposición, y por lo tanto se debe confirmar la calificación.

Por otro lado, siendo que la titularidad de la causante con esa carga fideicomisaria, consta inscrita en el Registro, resulta imprescindible recordar el principio de salvaguardia judicial de los asientos registrales (art. 1.3.o de la Ley Hipotecaria) de tal manera que, como resulta de la doctrina reiterada (por todas citaremos la Resolución de 17 de enero de 2001) el recurso no es el medio adecuado para plantear cuestiones relativas a asientos registrales vigentes, debiendo dirimirse tales cuestiones en sede judicial respetando el principio de tutela judicial efectiva de todos aquellos que pudieran ostentar interés legítimo en el mismo.

Resolución de 23-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Castellón de la Plana, número 3.

HIPOTECA: ACTA NOTARIAL PREVIA.

La única cuestión que se plantea en el presente recurso es si en la reseña del acta notarial previa a la formalización del préstamo hipotecario a la que se refiere el artículo 15 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, debe indicarse que el hipotecante no deudor, persona física, ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previstos en dicho precepto legal.

La registradora debe 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, y también el hipotecante no deudor persona física en caso de existir, han recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en el artículo 15 de la ley. Ciertamente, como afirma el notario recurrente, el apartado 7 del citado artículo 15 se refiere únicamente al «prestatario», pero frente a la interpretación únicamente literal de esta norma debe prevalecer la interpretación lógica, sistemática y finalista de la misma para incluir en la preceptiva reseña la indicación de que también se ha cumplido el principio de transparencia material respecto del hipotecante no deudor.

Resolución de 23-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Madrid, número 48.

REPRESENTACIÓN: CALIFICACIÓN DE LAS FACULTADES REPRESENTATIVAS CON ANTERIORIDAD A LA LEY 24/2001.

En relación con la argumentación del recurrente basada en la infracción del artículo 98 de la Ley 24/2001, debe tenerse en cuenta que, por razón de la fecha de otorgamiento de la escritura calificada (26 de septiembre de 1980), dicho precepto legal no era aplicable por la sencilla razón de que no había entrado en vigor. En efecto, como ha afirmado con anterioridad este Centro Directivo (*vid.* Resoluciones de 20 de enero de 2004, 21 de octubre de 2011, 1 de marzo de 2012

y 22 de febrero de 2014) esta cuestión, la de la determinación del ámbito de eficacia temporal del citado precepto, ha de resolverse conforme a la normativa vigente en el momento de la autorización de la escritura calificada. Hecha esta aclaración previa, debe confirmarse el criterio de la registradora al interpretar que si la certificación de los acuerdos de la junta general de la cooperativa faculta al presidente de la junta rectora especialmente para adjudicar a los cooperativistas «una centésima parte indivisa del local social finca 3.929 del Registro de la Propiedad y del resto del predio matriz finca 2.777 adscrito, partes todas de la Urbanización "(...)"», y, en cambio, no expresa lo propio respecto de la finca objeto de la escritura calificada, debe entenderse que dicho otorgante no acredita facultades suficientes para la adjudicación cuestionada.

El registrador, al ejercer su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, habida cuenta del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos.

Resolución de 23-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Villaviciosa.

HERENCIA: CALIFICACIÓN REGISTRAL DEL ACTA DE DECLARACIÓN DE HEREDEROS ABINTESTATO.

Esta Dirección General (cfr. las Resoluciones de 3 de abril de 1995, 8 y 22 de julio de 2005, 12 de noviembre de 2011, 12 y 16 de noviembre de 2015 y 1 de junio de 2018, entre otras citadas en los «Vistos» de la presente) ha puesto de relieve la sustancial diferencia, como títulos sucesorios atributivos o sustantivos, entre el testamento y acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato. El testamento responde tanto al concepto de título material como formal, pues es ante todo un negocio jurídico «*mortis causa*» que expresa la voluntad del testador que es la ley de la sucesión y la que decide con plenos efectos el destino de los bienes constituyendo el título o causa de su adquisición, una vez que el llamamiento se completa con la aceptación y adjudicación de herencia (cfr. arts. 609 y 670 CC). Distinto significado tiene la declaración de herederos en la sucesión intestada. No constituye el título material de la sucesión intestada, pues dicho título es la ley. Solo puede considerarse título formal en cuanto sirve de vehículo documental para el acceso al Registro y prueba o justificación de la individualización en la persona del heredero atendiendo a los diferentes órdenes y grados de llamamiento.

La calificación del título sucesorio, con arreglo al artículo 18 de la Ley Hipotecaria y conforme a los medios y límites fijados en el mismo, ha de ser integral, como la de cualquier otro título inscribible, incluyendo en el caso del testamento, por su condición de negocio jurídico, no solo la legalidad de las formas extrínsecas, sino también la capacidad del otorgante, y la validez de las cláusulas testamentarias. Al ser el testamento, como se ha indicado, el título fundamental de la sucesión, de donde se derivan los derechos de los herederos, y sobre el que el registrador ha de realizar su función calificadora, no basta con relacionar en el cuerpo de la escritura sucintamente las cláusulas manifestadas por el causante en su última voluntad, sino que tiene que expresarse formalmente por el fedatario

la afirmación de exactitud de concepto en lo relacionado, con la constancia de no existir otras cláusulas que amplíen o modifiquen lo inserto. Ahora bien, en el ámbito de la sucesión intestada, esta Dirección General ha entendido que puede inscribirse la partición si en la escritura se realiza un testimonio en relación de los particulares del documento necesarios para la calificación e inscripción en el Registro de la Propiedad, los cuales quedan de este modo bajo la fe pública notarial, satisfaciéndose con ello la exigencia de documentación auténtica para la inscripción establecida en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 23-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Villena.

TÍTULO FORMAL INSCRIBIBLE: DOCUMENTACIÓN PÚBLICA.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (véase Resolución de 15 de diciembre de 2010) que «es un principio esencial de nuestro sistema hipotecario que ningún asiento puede ser practicado en el Registro sin consentimiento del titular registral o sin que haya tenido lugar el oportuno procedimiento judicial en el que aquel haya podido disfrutar de la posición prevista en el ordenamiento», unido a ello, el que el alcance de la calificación registral de documentos judiciales se extiende a la adecuación o congruencia de su resolución con el procedimiento seguido, y los obstáculos que surjan del Registro, aparte de a las formalidades extrínsecas del documento presentado.

En el presente caso la registradora entiende que la presentación de una fotocopia del convenio regulador junto con la instancia de solicitud y el testimonio de la sentencia de divorcio implica una vulneración del principio de titulación pública consagrado en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, siendo un extremo afecto por la función calificadora del registrador, como anteriormente se ha indicado, al referirse a las formalidades extrínsecas del documento. El defecto debe ser confirmado ya que es principio básico de nuestro Derecho hipotecario que solo la documentación auténtica y pública puede tener acceso al Registro.

Resolución de 24-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de Madrid número 53.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO DIRIGIDO CONTRA QUIEN NO ES TITULAR REGISTRAL.

Entre los principios de nuestro Derecho hipotecario es básico el de tracto sucesivo, en virtud del cual para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (art. 20 de la Ley Hipotecaria). Este principio está íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria. La presunción «*iuris tantum*» de exactitud de los pronunciamientos del Registro, así como el reconocimiento de legitimación dispositiva del titular registral llevan consigo el cierre del Registro a los títulos otorgados por persona distinta de dicho titular.

Las exigencias del principio de tracto sucesivo han de confirmar en el presente caso la negativa a la inscripción de una sentencia dictada en un procedimiento seguido en el que no ha sido parte el titular registral del 1% del pleno dominio de la finca. Como se deduce del artículo 222.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los efectos de una sentencia solo alcanzan a las partes del proceso en que se haya dictado y a sus herederos y causahabientes.

Resolución de 24-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Vic, número 3.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Una vez practicado un asiento en los libros del Registro de la Propiedad, solo podrá ser el mismo rectificado, anulado o cancelado, mediante documento público en el que conste que presta su consentimiento a dicha operación, el favorecido por el derecho inscrito, o bien, en virtud de resolución judicial firme, en la que el titular del derecho inscrito haya tenido la posibilidad de ser oído, para evitar su indefensión, pero el recurrente pretende que se considere una inscripción como nula, simplemente porque él razona que es así, sin audiencia del titular de la inscripción supuestamente nula, sin un documento público o sin una resolución judicial firme que lo declare.

Conforme a los preceptos citados y a las propias alegaciones del recurrente, la vía para intentar lograr su pretensión no puede ser otra, que la de acudir a los tribunales de Justicia en demanda dirigida contra el titular registral de la inscripción supuestamente nula, y solicitando en la misma demanda la rectificación del Registro de la Propiedad [cfr. art. 40.d) de la Ley Hipotecaria].

Resolución de 24-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Girona, número 3.

RECURSO GUBERNATIVO: COMPETENCIAS ESTADO-GENERALIDAD DE CATALUÑA. DERECHO SUCESORIO CATALÁN: ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA Y EMBARGO POR RECLAMACIÓN DE LEGÍTIMA.

En este expediente, si bien se han aplicado y alegado normas de Derecho estatal, el recurso interpuesto se fundamenta en la vulneración del artículo 451-15.2 del libro Cuarto del Código civil de Cataluña, relativo al pago de la legítima y a la posibilidad de solicitar la anotación preventiva de la demanda de reclamación de la misma, pero lo cierto es que la nota de calificación no cuestiona la aplicación del citado artículo, antes al contrario, en cumplimiento del mismo se extendió la anotación preventiva de demanda practicada en el historial registral de la finca cuya conversión en anotación preventiva de embargo se solicita. Como indica la registradora en su informe, lo que la calificación cuestiona es si es posible la conversión que ordena el mandamiento presentado de una anotación preventiva de demanda en una anotación preventiva de embargo o si es necesario que el mandamiento ordene una anotación preventiva de embargo independiente de la de demanda, aunque traiga causa de ella, lo cual, conforme a lo antes expuesto,

no es una materia de derecho civil catalán sino de derecho hipotecario y registral y, por tanto, competencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de conformidad con el artículo 324 párrafo primero de la Ley Hipotecaria.

Se plantea en este recurso el encaje de la anotación de demanda prevista en el Código civil catalán entre las reguladas por el artículo 42.1 o 42.10 de la Ley Hipotecaria. La doctrina no ha sido unánime, como bien refleja el recurrente en su escrito, si bien se inclina mayoritariamente, como sucede con la jurisprudencia menor por la aplicación del artículo 42.10 de la Ley Hipotecaria. En este sentido se ha pronunciado esta Dirección General en la Resolución de 2 de agosto de 2016.

La anotación de demanda se extendió en su momento como de reclamación de legítima, sin hacer alusión a una concreta cantidad que fuera objeto del crédito reclamado, tampoco consta que se solicitase la práctica de la traba. Pero una vez extendida, como se ha dicho anteriormente, los bienes anotados quedan sujetos con garantía real, a la satisfacción de la legítima, por lo que la ejecución posterior de la traba gozaría de la prioridad ganada por la anotación. Ahora bien, una vez practicada la anotación de demanda en los términos señalados será necesaria la extensión de la anotación de embargo a que hace referencia la registradora en su nota, salvo que del auto que dio origen al primitivo mandamiento resultara que ya inicialmente el legitimario solicitó también la práctica de la traba y su anotación (art. 42.2 de la Ley Hipotecaria) sobre bienes de la herencia o del propio heredero. Lo que no cabe es la conversión que se ordena en el mandamiento. La conversión ordenada, que no consta prevista en la legislación hipotecaria, de practicarse iría en contra de los principios inspiradores de la legislación registral, que no prevén que una anotación preventiva de demanda pueda convertirse en cualquier otro asiento distinto a la inscripción a favor de la persona que adquiera definitivamente el derecho anotado.

Resolución de 27-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Madrid, número 29.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: MOTIVACIÓN. HERENCIA: INTANGIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA.

Respecto de las alegaciones de la recurrente relativas a la falta de motivación de la calificación impugnada, debe recordarse la doctrina de este Centro Directivo según la cual cuando la calificación del registrador sea desfavorable, es exigible, conforme a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, 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. Como ha quedado expuesto, en el presente caso, el registrador en su calificación se limita a expresar de forma escueta los motivos de la suspensión de la inscripción solicitada de junio de 2014, 2 de febrero de 2015 y 12 de diciembre de 2017, entre otras) que aun cuando la argumentación en que se fundamenta la calificación haya sido expresada de modo escueto, cabe la tramitación del expediente si expresa suficientemente la razón que justifica dicha negativa de modo que el interesado ha podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, según el contenido del escrito de interposición del recurso. En este caso, resulta que la

cuestión planteada por el registrador en su lacónica nota de calificación, ha podido ser objeto de alegaciones suficientes por el recurrente, y por ello procede entrar en el fondo del asunto, si bien no puede tenerse en cuenta la argumentación de contenido calificatorio que, de modo extemporáneo, alega el registrador en su informe.

Respecto de la objeción relativa al gravamen sobre la legítima que, a juicio del registrador, está constituido por la prohibición de disponer impuesta por el testador, debe tenerse en cuenta que es principio fundamental del régimen sucesorio de Derecho común que la legítima es la porción de bienes de la herencia de la que el testador no puede disponer sino a favor de determinados parientes llamados herederos forzosos o legitimarios. La manifestación del efecto esencial de la legítima es su intangibilidad tanto cualitativa como cuantitativa. En el presente caso, con la prohibición de disponer que se impone en el testamento a la heredera, hasta alcanzar la edad de veinticinco años, no se conculca la intangibilidad cualitativa de la legítima, pues no es una prohibición absoluta de disponer sino que se establece una cautela «Socini», según es configurada y admitida doctrinal y jurisprudencialmente.

Resolución de 28-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de San Fernando de Henares.

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 28-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de San Fernando de Henares.

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 28-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Granada, número 2.

HIPOTECA: INTERÉS DE DEMORA EN LA LEY 5/2019.

Ciertamente, atendiendo a la interpretación literal y teleológica del artículo 28.3 de la Directiva 2014/17/UE, se podría haber transpuesto mediante una norma que respecto de los préstamos incluidos en el ámbito objetivo de la misma estableciera un tipo de demora legal máximo, imperativo para la entidad prestamista, pero que no impidiera pactar un tipo inferior —o incluso de no pactarse tipo de interés de demora alguno— en beneficio del prestatario, fiador o garante que tenga la consideración de consumidor. No obstante, dicha norma de la Directiva deja margen a las normas de transposición de la misma para que en el Derecho nacional se establezca un concreto tipo legal de demora que no admita pacto en contrario, logrando así una mayor certeza y seguridad jurídica.

De este modo, frente al régimen general de autonomía de la voluntad dentro de los límites legales en la contratación, el legislador español ha optado por un régimen de exclusión de la misma en materia de intereses de demora, con el fin de evitar cualquier discusión sobre la transparencia o abusividad de la cláusula reguladora de dichos intereses. Se trata, pues, de una decisión de política legislativa que excluye por completo la negociación, y por consiguiente la fijación de un tipo de demora inferior al legal.

Resolución de 28-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Madrid, número 17.

HIPOTECA: NÚMERO DE DEPÓSITO DE LA CONDICIONES GENERALES EN EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES.

En la Instrucción de 13 de junio de 2019 de esta Dirección General, sobre el depósito de condiciones generales de la contratación, y el reflejo del mismo

en las escrituras de préstamo y en el Registro de la Propiedad —a la que se remite la reciente Instrucción de este Centro de 20 de diciembre de 2019—, se analiza, entre otras, la siguiente cuestión: la necesidad, o no, de que en cualquier escritura pública de préstamo hipotecario, así como en su inscripción registral, se controle y haga constar que se ha producido el previo depósito de las condiciones generales de la contratación empleadas en la misma. 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. Si bien en el contrato de préstamo debe hacerse constar que las condiciones generales han sido objeto de depósito, y comprobarse por el notario y el registrador que dicho depósito se ha practicado, ello no impide que en la configuración del contrato se hayan acordado modificaciones respecto de esas condiciones generales, lo que es una exigencia de la flexibilidad que la contratación y el tráfico inmobiliario deben tener para adecuarse a las necesidades de las partes en cada caso particular.

En el presente caso el notario expresa que la escritura contiene condiciones generales de contratación que han sido depositadas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, advierte de la aplicabilidad de la citada Ley 7/1998, de 13 de abril, así como de la obligación de inscribir en dicho Registro los formularios de los préstamos y créditos; asimismo, añade que ha comprobado, mediante consulta telemática, que la entidad prestamista ha depositado en ese Registro condiciones generales de la contratación, habiendo cumplido dicho notario, según afirma, todas las obligaciones que, respecto de dichas condiciones generales, establece el artículo 23 y demás concordantes de la Ley 7/1998. Por todo ello, el defecto expresado en la calificación impugnada no puede ser mantenido.

Resolución de 28-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Madrid, número 53.

HERENCIA: INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han coincidido en que el centro de gravedad de la interpretación de las disposiciones de última voluntad radica esencialmente en la fijación de la voluntad real del testador, esto es, sentido espiritualista de las disposiciones. Ciertamente el primer elemento en la interpretación de los testamentos es el literal, pero merced a la utilización de otros elementos interpretativos se debe establecer cuál es el verdadero significado de las cláusulas testamentarias. El Tribunal Supremo ha hecho aplicación en numerosas ocasiones de la prueba extrínseca, y señala la importancia del factor teleológico y sistemático con objeto de llegar a una interpretación armónica del testamento.

En principio, la interpretación del testamento corresponde a los herederos, o en su caso al albacea o en su defecto a la Autoridad Judicial y que a falta de datos concluyentes que resulten del testamento, debe prevalecer la interpretación literal de sus cláusulas. Así pues, la interpretación del testamento en caso de colisión de decisión entre los herederos, y a falta de albacea, contador partidor o cualquier figura designada por el testador para ello, corresponde, en particular, a

los Tribunales de instancia. Centrados en el concreto supuesto de este expediente, la interpretación del testamento del esposo causante ha sido realizada por la heredera de su esposa, y no por el heredero llamado como fideicomisario por el testador. En consecuencia, no puede ser aceptada la interpretación dada por la heredera de la esposa del causante, que sin estar habilitada para hacerla por sí sola, además, está interesada en la misma.

Así pues, la cuestión central planteada está en la interpretación de la cláusula testamentaria, que literalmente dispone lo siguiente: «Instituye heredera a su esposa, M. S. R.; pero los bienes de que esta no disponga por actos intervivos y a título oneroso o la totalidad de su herencia, si la esposa muriese, antes o al mismo tiempo que el testador, recaerán en su día en A. R. F., que fue recogido al nacer y criado por el compareciente, el cual le considera como hijo suyo». Y habida cuenta que la heredera instituida falleció con posterioridad al testador y sin disponer de la finca, hay que determinar el tracto sucesorio de la misma. Una interpretación literal y lógica de la disposición, nos lleva a la conclusión de que el testador contempla dos hipótesis, y de ahí, la utilización de la conjunción disyuntiva «o». En primer lugar, contempla el supuesto de que la instituida heredera sobreviviera al testador, que es lo que ha ocurrido, para lo cual, establece una sustitución fideicomisaria de residuo, permitiendo disponer a la fiduciaria solo por actos intervivos y a título oneroso «pero los bienes de que esta no disponga por actos intervivos y a título oneroso… recaerán en su día en A. R. F.»; en segundo lugar, contempla que la instituida heredera falleciera antes o simultáneamente al testador, esto es, que no llegara a suceder, para lo que establece una sustitución vulgar en favor del mismo A. R. F. «o la totalidad de su herencia, si la esposa muriese, antes o al mismo tiempo que el testador». En el supuesto de este expediente, la circunstancia de que la heredera fiduciaria solo esté autorizada a disponer intervivos y a título oneroso, excluye la sustitución preventiva de residuo.

Resolución de 28-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Málaga, número 7.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: ERRORES DE TRANSCRIPCIÓN EN EL TÍTULO.

Este Centro Directivo, ha resuelto en algunas ocasiones, sobre supuestos en los que, como en el presente, se producen errores de transcripción, (Resoluciones de 19 de julio y 16 de octubre de 2006, 26 de junio de 2007 y 2 de marzo de 2009,) y ha señalado que «el correcto ejercicio de la función calificadora del registrador no implica, en vía de principio, que deba rechazarse la inscripción del documento presentado ante toda inexactitud del mismo cuando, de su simple lectura o de su contexto no quepa albergar razonablemente duda acerca de cuál sea el dato erróneo y cual sea el dato verdadero...».

En el concreto supuesto de este expediente, la calificación negativa no expresa albergar dudas respecto a la coincidencia de la identidad de la disponente con la titular registral, sino que señala simplemente la necesidad de justificar el cambio de apellido, por lo que, como alega el recurrente, el nombre del marido y el documento nacional de identidad de la otorgante coinciden, en la escritura se manifiesta que consta catastrada la finca a nombre de los comparecientes con el apellido correcto, y se incorpora la certificación registral en la que aparece el

apellido correctamente. En consecuencia, no hay dudas fundadas ni razonables de que la disponente es la misma titular registral y, además, el registrador no ha señalado como defecto esto, sino la falta de acreditación del cambio de apellido de la transmitente («lo que induce a confusión»). Pero ciertamente, en este supuesto, el error de transcripción no produce ninguna confusión.

Resolución de 28-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Tías.

HIPOTECA: EN GARANTÍA DE VARIAS OBLIGACIONES CONECTADAS CAUSALMENTE ENTRE SÍ.

El criterio que admite la unicidad de la hipoteca aun cuando esta garantice obligaciones de distinta naturaleza y sometidas a diferente régimen jurídico, si tienen conexión causal entre sí o de dependencia de una respecto de la otra, debe aplicarse a un supuesto como el presente, diferente a los supuestos a los que se refiere el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, que admite la constitución de la garantía hipotecaria para asegurar diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas por una cantidad máxima total resultante de la liquidación efectuada por la entidad acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura. En el presente caso, la hipoteca garantiza el cumplimiento de dos prestaciones concretas que debe realizar el comprador como contraprestación por el contrato de compraventa: el precio aplazado y la eficaz subrogación en la deuda pendiente de forma que el vendedor resulte indemne por la misma. Las dos obligaciones, y el importe concreto de cada una de ellas, quedan, por lo demás, perfectamente definidas e individualizadas tanto en el propio contrato (sin perjuicio de los avatares que, como en todos los casos, pueden producirse en supuestos como los de cumplimiento parcial o defectuoso de la obligación garantizada) como en la fijación de la responsabilidad hipotecaria máxima por cada uno de los dos conceptos, por lo que no existe obstáculo alguno desde el punto de vista del alegado principio de especialidad. Por tanto, el defecto no puede ser confirmado.

Resolución de 28-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de A Coruña, número 2.

OPCIÓN DE COMPRA: PROHIBICIÓN DE PACTO COMISORIO.

El negocio jurídico formalizado en la escritura calificada y cuya constancia registral se pretende es un derecho de opción de clara finalidad solutoria (dación en pago); esto es un derecho potestativo que obliga al concedente a proceder a la celebración de una dación en pago de deuda, en los términos acordados, en caso de que su titular (el optante) así lo decida unilateralmente (dentro del plazo y con arreglo a las condiciones convenidas).

El pacto comisorio surge cuando el acreedor se reserva el derecho de apropiarse de una cosa dada en garantía. Por tanto, constituye una exigencia su

vinculación a una garantía real. Esta facultad de apropiación el Código la veta cuando se liga al incumplimiento de la obligación garantida; como pacto sobreañadido a una garantía real (art. 1859 —que omite la proscripción expresa del pacto en contrario— y, más claramente, artículo 1884 CC), quizá porque altera un elemento sustancial de la garantía, como es que el ejercicio del «ius distraendi» se canalice a través de uno de los procedimientos de ejecución legalmente previstos. Al emanar de una norma imperativa, la prohibición del pacto comisorio no se circunscribe a los contratos de garantía típicos, sino que resulta también aplicable a toda suerte de negocios jurídicos. El comiso prohibido es el que se conviene «ex ante». La «ratio» de la prohibición no es sino asegurar, en los términos ya indicados, la conmutatividad de contrato, protegiendo al deudor ante los posibles abusos del acreedor.

Adviértase, también, que la pretensión que se sostiene en el recurso, en el sentido de haberse convenido un supuesto pacto comisorio «ex intervallo» («ex post» a la obligación), tampoco tiene apoyo a la vista del contenido de la escritura calificada, pues se pacta la opción sin solución de continuidad al préstamo que se concede, siendo evidente por lo demás la conexión entre ambos. Y ello por mucho que se mantenga en el recurso que la deuda no surgió en el momento de la suscripción de tal escritura, sino antes; con lo que intenta justificarse un pacto que se reconoce comisorio, pero que se pretende vestir de «ex intervallo». Cuestiones, todas estas, que escapan por completo a la calificación registral, rebasan claramente el marco en el que se desenvuelve este recurso, y que necesariamente han de suscitarse, y resolverse, en el seno de un procedimiento judicial.

Resolución de 28-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de A Coruña, número 2.

OPCIÓN DE COMPRA: PROHIBICIÓN DE PACTO COMISORIO.

El negocio jurídico formalizado en la escritura calificada y cuya constancia registral se pretende es un derecho de opción de clara finalidad solutoria (dación en pago); esto es un derecho potestativo que obliga al concedente a proceder a la celebración de una dación en pago de deuda, en los términos acordados, en caso de que su titular (el optante) así lo decida unilateralmente (dentro del plazo y con arreglo a las condiciones convenidas).

El pacto comisorio surge cuando el acreedor se reserva el derecho de apropiarse de una cosa dada en garantía. Por tanto, constituye una exigencia su vinculación a una garantía real. Esta facultad de apropiación el Código la veta cuando se liga al incumplimiento de la obligación garantida; como pacto sobreañadido a una garantía real (art. 1859 —que omite la proscripción expresa del pacto en contrario— y, más claramente, artículo 1884 CC), quizá porque altera un elemento sustancial de la garantía, como es que el ejercicio del «ius distraendi» se canalice a través de uno de los procedimientos de ejecución legalmente previstos. Al emanar de una norma imperativa, la prohibición del pacto comisorio no se circunscribe a los contratos de garantía típicos, sino que resulta también aplicable a toda suerte de negocios jurídicos. El comiso prohibido es el que se conviene «ex ante». La «ratio» de la prohibición no es sino asegurar, en los términos ya indicados, la conmutatividad de contrato, protegiendo al deudor ante los posibles abusos del acreedor.

Adviértase, también, que la pretensión que se sostiene en el recurso, en el sentido de haberse convenido un supuesto pacto comisorio «ex intervallo» («ex post» a la obligación), tampoco tiene apoyo a la vista del contenido de la escritura calificada, pues se pacta la opción sin solución de continuidad al préstamo que se concede, siendo evidente por lo demás la conexión entre ambos. Y ello por mucho que se mantenga en el recurso que la deuda no surgió en el momento de la suscripción de tal escritura, sino antes; con lo que intenta justificarse un pacto que se reconoce comisorio, pero que se pretende vestir de «ex intervallo». Cuestiones, todas estas, que escapan por completo a la calificación registral, rebasan claramente el marco en el que se desenvuelve este recurso, y que necesariamente han de suscitarse, y resolverse, en el seno de un procedimiento judicial.

Resolución de 28-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro de la Propiedad de Castellón de la Plana, número 1.

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: ÁMBITO.

Según reiterada doctrina de esta Dirección General (*vid.* resoluciones citadas en el apartado «Vistos» de la presente), la calificación registral no entra en el fondo de la resolución judicial, ni en la validez del convenio regulador aprobado judicialmente, sino en si tal convenio constituye o no título inscribible para la práctica del asiento registral teniendo en cuenta los aspectos susceptibles de calificación registral conforme a los artículos 100 del Reglamento Hipotecario y 522 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Como también tiene declarado esta Dirección General (véase, por todas, la Resolución de 25 de octubre de 2005), la posibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad por medio de convenio regulador ha de interpretarse en sus justos términos, atendiendo a la naturaleza, contenido, valor y efectos propios del convenio regulador (cfr. arts. 90, 91 y 103 CC), sin que pueda servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida. Las transmisiones adicionales de bienes entre cónyuges, ajenas al procedimiento de liquidación (como son, en vía de principios, las que se refieren a bienes adquiridos por los cónyuges en estado de solteros no especialmente afectos a las cargas del matrimonio), constituyen un negocio independiente, que exige acogerse a la regla general de escritura pública para su formalización.

A la luz de las anteriores consideraciones, el recurso no puede prosperar. A estos efectos, es necesario distinguir entre la constitución de un derecho de usufructo vitalicio por parte de un cónyuge en favor de su hija y la constitución por el mismo de un derecho de uso en favor de su esposa. Es parte del contenido propio del convenio regulador la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso (apartado d) de dicho art. 90 CC). Entre los alimentos se considera incluida la habitación, por lo que en este sentido sí que podría entenderse que es una de las finalidades propias del convenio. Sin embargo, en el caso del convenio regulador que nos ocupa, la constitución del derecho de usufructo se incluye en el apartado titulado

«acerca del uso y disfrute de la vivienda familiar», mientras que en un apartado separado se regula los alimentos de la hija.

En cuanto a la constitución del derecho de uso en favor de la esposa, en este caso sí que excede a todas luces el contenido propio de un convenio regulador de divorcio, pues no se constituye sobre la vivienda familiar y se constituye a favor de la esposa por razón de unas obras de mejora y acondicionamiento de la vivienda que va a efectuar a su exclusivo cargo, lo cual es algo ajeno al contenido típico mencionado del convenio.

Por último, es necesario señalar que si bien la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, número 438/2014, de 18 de julio, que alega como argumento en su favor la recurrente, admite el convenio regulador como medio para inscribir una donación de inmueble en el Registro de la Propiedad, sin necesidad del otorgamiento de escritura pública como exige el artículo 633 del Código civil, no es aplicable a este supuesto por no tratarse en este caso de la vivienda familiar de los cónyuges, ya que la sentencia lo admite por «tratarse de una medida que afecta a la vivienda familiar tomada en el marco propio de la solución de la crisis familiar objeto del convenio», por lo que al no tratarse en este supuesto concreto de la vivienda familiar y exceder del contenido propio del convenio no es admisible en este caso la inscripción por medio del mismo, por los motivos que ya se han expuesto.

Resolución de 11-2-2020
BOE 24-6-2020
Registro de la Propiedad de Almería, número 3.

EXPEDIENTE 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 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el curso de tales actuaciones, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. Conforme al artículo 199 de la Ley Hipotecaria, «la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes determine necesariamente la denegación de la inscripción». El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el presente caso resultan identificadas y fundadas las dudas del registrador en la nota de calificación en cuanto a la existencia de conflicto entre fincas colindantes y posible invasión de una finca registral colindante. Debe recordarse que los datos físicos que resultan de la cartografía catastral gozan de la presunción de veracidad que establece el artículo 3 de la Ley del Catastro en su apartado 3.

Resolución de 12-2-2020
BOE 24-6-2020
Registro de la Propiedad de Alba de Tormes.

HIPOTECA: NO PUEDE EL REGISTRADOR EXIGIR QUE SE HAGA CONSTAR DE FORMA EXPRESA LA COINCIDENCIA DE LA ESCRITURA CON LA FEIN. HIPOTECA: NÚMERO DE DEPÓSITO DE LA CONDICIONES GENERALES EN EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES.

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.

En la Instrucción de 13 de junio de 2019 de esta Dirección General, sobre el depósito de condiciones generales de la contratación, y el reflejo del mismo en las escrituras de préstamo y en el Registro de la Propiedad —a la que se remite la reciente Instrucción de este Centro de 20 de diciembre de 2019—, se analizan, entre otras, la siguiente cuestión: la necesidad, o no, de que en cualquier escritura pública de préstamo hipotecario, así como en su inscripción registral, se controle y haga constar que se ha producido el previo depósito de las condiciones generales de la contratación empleadas en la misma. 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. Si bien en el contrato de préstamo debe hacerse constar que las condiciones generales han sido objeto de depósito, y comprobarse por el notario y el registrador que dicho depósito se ha practicado, ello no impide que en la configuración del contrato se hayan acordado modificaciones respecto de esas condiciones generales, lo que es una exigencia de la flexibilidad que la contratación y el tráfico inmobiliario deben tener para adecuarse a las necesidades de las partes en cada caso particular.

En el presente caso el notario expresa que la escritura contiene condiciones generales de contratación que han sido depositadas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, advierte de la aplicabilidad de la citada Ley 7/1998, de 13 de abril, así como de la obligación de inscribir en dicho Registro los formularios de los préstamos y créditos; asimismo, añade que ha comprobado, mediante consulta telemática, que la entidad prestamista ha depositado en ese Registro condiciones generales de la contratación, habiendo cumplido dicho notario, según afirma, todas las obligaciones que, respecto de dichas condiciones generales, establece el artículo 23 y demás concordantes de la Ley 7/1998. Por todo ello, el defecto expresado en la calificación impugnada no puede ser mantenido.

Resolución de 12-2-2020
BOE 24-6-2020
Registro de la Propiedad de Alba de Tormes.

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 refie-

re 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 12-2-2020
BOE 24-6-2020
Registro de la Propiedad de Huércal-Overa.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: EFECTOS DE SU CADUCIDAD.

Las anotaciones preventivas tienen una vigencia determinada y su caducidad opera «*ipso iure*» una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, entre ellos el relativo a la posición de prioridad que las mismas conceden a su titular, y que permite la inscripción de un bien con cancelación de cargas posteriores a favor del adjudicatario, que ha adquirido en el procedimiento del que deriva la anotación, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.ª del Reglamento Hipotecario, si al tiempo de presentarse aquel en el Registro, se había operado ya la caducidad. Y ello porque como consecuencia de esta, han avanzado de rango y pasado a ser registralmente preferentes (cfr. Resoluciones de 28 de noviembre de 2001 y 11 de abril de 2002). De otro modo: caducada la anotación, como acontece en el presente caso, no es posible obtener el trasvase de prioridad en detrimento de las cargas posteriores, debiendo el re-

gistrador denegar la inscripción del mandamiento en que dicha cancelación se pretenda. Aun siendo muy importante en el proceso de ejecución la expedición de la certificación de titularidad y cargas, y su nota marginal, sin embargo, no debe identificarse con los efectos de la propia anotación preventiva de embargo.

En la Resolución de esta Dirección General de 11 de enero de 2017, y en las que esta recoge entre sus «Vistos», queda claro que la caducidad de la anotación determina que el beneficiado ha perdido el derecho que la legislación procesal y registral le reconoce de purgar directamente y sin más trámites las cargas posteriores, aunque ello no significa que deba soportarlas, sino que la liberación debe ser acordada en un procedimiento distinto en el que sean parte los interesados, y en el que el juez se pronuncie sobre tal extremo en particular. En el procedimiento que motiva la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2017, si bien se trata de una demanda directa contra la calificación registral, han sido demandados los titulares de las anotaciones preventivas posteriores a la que motiva la ejecución. No obstante lo anterior, el actual titular tabular tiene a su disposición los remedios previstos en el ordenamiento si considera oportuna la defensa de su posición jurídica (arts. 66 de la Ley Hipotecaria y 117, 594, 601 y 604 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) a fin de que los tribunales, en su caso, puedan adoptar la decisión oportuna en orden a la preferencia entre cargas, mediante la interposición de las correspondientes tercerías de mejor derecho, o de dominio, o por la ausencia de buena fe, con demanda a todos los interesados, evitando su indefensión (cfr. arts. 24 de la Constitución y 20 y 38 de la Ley Hipotecaria). Será a través de una resolución judicial, adoptada en un proceso contradictorio en el que hayan sido partes todos los titulares de las cargas posteriores a la anotación caducada, como podrá determinarse si es o no procedente la cancelación de dichas cargas, de acuerdo con la doctrina de las citadas Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Resolución de 13-2-2020
BOE 24-6-2020
Registro de la Propiedad de Madrid, número 53.

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ARTÍCULO 98 LEY 24/2001.

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.

Las exigencias del juicio de suficiencia no se cumplen si se relacionan de forma lacónica o genérica las facultades representativas del apoderado o representante, si el notario utiliza expresiones genéricas, ambiguas o imprecisas, como cuando usa fórmulas de estilo que —a falta de reseña, siquiera somera, de las facultades acreditadas— se circunscriben a afirmar que la representación es suficiente «para el acto o negocio documentado», en vez de referirse de forma concreta y expresa al tipo de acto o negocio que en la escritura se formaliza.

Resolución de 13-2-2020
BOE 24-6-2020
Registro de la Propiedad de Granada, número 9.

HIPOTECA: INTERÉS DE DEMORA. HIPOTECA: VENCIMIENTO ANTICIPADO.

Es cierto que en la cláusula transcrita en la escritura no se exige expresamente que la prestataria incurra en mora en el pago de una parte de capital del préstamo o de los intereses. Pero debe entenderse que no es necesaria la transcripción literal de la norma legal en este concreto extremo si, como resulta de la redacción de dicha cláusula, entendida según su contexto y en el sentido más adecuado para que produzca efecto (cfr. arts. 1281 a 1284 CC), se desprende inequívocamente que dicha norma legal es respetada. Así la estipulación debatida, que se refiere expresamente al «impago» y al «incumplimiento», debe interpretarse en relación con el requisito que el citado artículo 24 de la Ley 5/2019 establece, consistente en que «la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas» supongan «que el deudor ha incumplido su obligación» en los términos prevenidos en dicho precepto legal, con el que en este extremo coincide la cláusula cuya inscripción se ha suspendido. Por ello, dicha objeción no puede ser mantenida.

Entre los requisitos que establece imperativamente el artículo 24.1 de la Ley 5/2019 para admitir el vencimiento anticipado del contrato es no solo «que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento», sino además que lo haga «advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo», y esta última exigencia no está prevista en la cláusula debatida, sin que dicha omisión pueda suplirse conforme a las normas interpretativas antes referidas. Por ello, esta objeción debe ser confirmada.

Resolución de 13-2-2020
BOE 24-6-2020
Registro de la Propiedad de Madrid, número 53.

REPRESENTACIÓN ORGÁNICA: ARTÍCULO 98 LEY 24/2001.

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 documentado 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.

Las exigencias del juicio de suficiencia no se cumplen si se relacionan de forma lacónica o genérica las facultades representativas del apoderado o representante, si el notario utiliza expresiones genéricas, ambiguas o imprecisas, como cuando usa fórmulas de estilo que —a falta de reseña, siquiera somera, de las facultades acreditadas— se circunscriben a afirmar que la representación es suficiente «para el acto o negocio documentado», en vez de referirse de forma concreta y expresa al tipo de acto o negocio que en la escritura se formaliza.

Resolución de 13-2-2020
BOE 24-6-2020
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 16.

CAPITULACIONES MATRIMONIALES: NECESIDAD DE SU PREVIA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL.

El artículo 266 del Reglamento del Registro Civil exige en su párrafo sexto, que en las inscripciones que en cualquier otro Registro —y, por tanto, en el de la Propiedad— produzcan los hechos que afecten al régimen económico matrimonial han de expresarse los datos de inscripción en el Registro Civil (tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho), que se acreditarán por certificación, por el libro de familia o por la nota al pie del documento. En caso de no haberse acreditado se suspenderá la inscripción por defecto subsanable.

Resolución de 13-2-2020
BOE 24-6-2020
Registro de la Propiedad de Granada, número 3.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: REQUISITO DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN.

Desde un punto de vista sustantivo debe confirmarse la nota de calificación registral pues la finca a la que se refiere el mandamiento figura inscrita a nom-

bre de personas distintas de los ejecutados. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que el principio constitucional de tutela judicial efectiva, que proscribe la indefensión (cfr. art. 24 de la Constitución Española), impide extender las consecuencias de un proceso a quienes no han tenido parte en él ni han intervenido en manera alguna, exigencia esta que en el ámbito registral determina la imposibilidad de practicar asientos que comprometen una titularidad inscrita (que está bajo la salvaguardia de los tribunales, conforme al art. 1 de la Ley Hipotecaria) si no consta el consentimiento de su titular, o que este haya sido parte en el procedimiento de que se trata (arts. 20, 40 y 82 Ley Hipotecaria). De ahí que en el ámbito de la calificación de los documentos judiciales el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, en coherencia plena con los preceptos constitucionales y legales, incluya los obstáculos que surjan del Registro.

El ordenamiento jurídico provee medidas, que hasta ahora el recurrente no ha utilizado, para solventar la inactividad del verdadero titular en orden a la registración de su título, como es la expedición de mandamiento judicial al Notario autorizante de la escritura para la expedición de una copia autorizada que permita al embargante la previa inscripción de la compra, para asegurar las resultas del procedimiento seguido con el valor de realización del inmueble embargado. Por tanto, no existiría ningún problema en la anotación del embargo solicitado siempre y cuando se produzca la previa inscripción de la escritura de compraventa, título que actualmente se encuentra presentado en el Registro con asiento vigente como se ha expresado en el anterior apartado, aunque retirado por su presentante.

Resolución de 13-2-2020
BOE 24-6-2020
Registro de la Propiedad de Felanitx, número 2.

OBRA NUEVA: LICENCIA DE PRIMERA OCUPACIÓN EN BALEARES.

El artículo 28 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, establece como requisito para inscribir la declaración de obra nueva terminada, además de la certificación expedida por técnico competente de terminación de la obra de conformidad con la descripción de esta en el proyecto que haya sido objeto del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra según la legislación de ordenación territorial y urbanística y del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de esta a sus usuarios (que según la Resolución Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de julio de 2007, se trata del seguro decenal y del libro del edificio), el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable (que según la exposición de motivos del Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, es la licencia de primera ocupación, sin perjuicio de que adopte otra denominación según las respectivas normativas autonómicas) y los requisitos de eficiencia energética tal y como se demandan por la normativa vigente (Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios, en cuanto derecho supletorio estatal, sin perjuicio de su regulación por la norma-

tiva autonómica, en su caso), salvo que la legislación urbanística sujetase tales actuaciones a un régimen de comunicación previa o declaración responsable, en cuyo caso aquellas autorizaciones se sustituirán por los documentos que acrediten que la comunicación ha sido realizada y que ha transcurrido el plazo establecido para que pueda iniciarse la correspondiente actividad, sin que del Registro de la Propiedad resulte la existencia de resolución obstativa alguna. Por tanto, en principio, es exigible la licencia de primera ocupación para inscribir en el Registro de la Propiedad las escrituras públicas de declaración de obras nuevas terminadas.

Conforme a la legislación urbanística balear la cédula de habitabilidad, en el momento en que fue expedida, 19 de enero de 2018, era un presupuesto para obtener la licencia de ocupación pero no acreditaba su concesión, requisito exigido por la legislación estatal para la inscripción en el Registro de la Propiedad según se ha expresado anteriormente, por lo que el defecto debe ser confirmado. La reforma operada por el acuerdo del Pleno del Consejo Insular de Mallorca de 8 de noviembre de 2018, implica por tanto la exigencia de la previa obtención de la licencia municipal de primera ocupación, como requisito antecedente a la obtención de la cédula de habitabilidad, al contrario de lo que sucedía hasta ese momento, por lo que a partir de dicha fecha la obtención de esta última implicara la previa concesión de la primera. Pero como se ha dicho anteriormente, esta normativa no estaba vigente en el momento de expedición de la cédula de habitabilidad.

Resolución de 3-2-2020
BOE 26-6-2020
Registro de la Propiedad de Elche, número 4.

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 3-2-2020
BOE 26-6-2020
Registro de la Propiedad de Huércal-Overa.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: REQUISITO DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN A FAVOR DEL TRANSMITENTE.

Es reiterada doctrina de este Centro Directivo que en los recursos solo cabe tener en cuenta los documentos presentados en tiempo y forma en el Registro para su calificación, y que sin prejuzgar ahora sobre su validez y eficacia, se trata de un título que se ha presentado extemporáneamente junto con el escrito del recurso y que, por tanto, no puede ser objeto de consideración, toda vez que el artículo 326 de la Ley Hipotecaria limita el recurso exclusivamente a las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, debiendo rechazarse cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma; todo esto, sin perjuicio de que los interesados puedan volver a presentar el título cuya inscripción no se admitió en unión de los documentos aportados durante la tramitación del recurso.

Estando la finca transmitida, inscrita en el Registro de la Propiedad y bajo la salvaguardia de los tribunales a favor de una persona distinta, no podrá accederse a la inscripción del título calificado sin consentimiento del titular registral, que resulte de los correspondientes títulos traslativos con causa adecuada (cfr. arts. 2 y 17 de la Ley Hipotecaria). La presunción «*iuris tantum*» de exactitud de los pronunciamientos del Registro así como el reconocimiento de legitimación dispositiva del titular registral llevan consigo el cierre del Registro a los títulos otorgados por persona distinta de dicho titular.

Reslución de 3-2-2020
BOE 26-6-2020
Registro de la Propiedad de Paterna, número 1.

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 3-2-2020
BOE 26-6-2020
Registro de la Propiedad de Vilanova i la Geltrú, número 2.

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 3-2-2020
BOE 26-6-2020
Registro de la Propiedad de Vilanova i la Geltrú, número 2.

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 4-2-2020
BOE 26-6-2020
Registro de la Propiedad de Bilbao, número 7.

ANOTACIÓN DE EMBARGO: SOBRE LOS DERECHOS HEREDITARIOS DEL DEUDOR.

Conforme al artículo 326 LH no se tendrán en cuenta en la resolución del presente expediente la documentación aportada por la recurrente en el recurso, sin perjuicio de poder ser aportada al Registro de la Propiedad al objeto de obtener una nueva calificación registral.

Es indispensable controlar por parte del registrador, bien que el título que se presenta a inscripción se apoya en la titularidad registral del dominio o del derecho que se modifica, altera, transmite o cancela porque de manera voluntaria su titular ha otorgado el documento en que se opera la mutación jurídico-real, bien porque se reconoce la misma en una resolución judicial o administrativa seguida contra dicho titular registral o sus causahabientes.

Tratándose de deudas propias del heredero demandado, el artículo 166.1.ª2.º del Reglamento Hipotecario posibilita que se tome anotación preventiva únicamente en la parte que corresponda el derecho hereditario del deudor, sin que esa anotación preventiva pueda hacerse extensible al derecho hereditario que pueda corresponder a otros posibles herederos, cuya existencia no queda excluida con la documentación presentada. En este caso, además, dado el carácter ganancial de la finca, es evidente la concurrencia de los hipotéticos derechos hereditarios del demandante con los ostentados por el cónyuge viudo en la previa disolución de la sociedad de gananciales que determinará la definitiva composición del haber hereditario del causante. Por ello, es imprescindible conocer el derecho hereditario correspondiente al heredero deudor demandado pues solo y exclusivamente ese derecho puede ser objeto de la anotación preventiva de embargo. Y, para ello, será imprescindible aportar el título sucesorio correspondiente.

Resolución de 4-2-2020
BOE 26-6-2020
Registro de la Propiedad de Guardamar del Segura.

HIPOTECA: CANCELACIÓN.

El artículo 82 de la Ley Hipotecaria exige para cancelar las inscripciones practicadas en virtud de escritura pública el consentimiento de la persona a cuyo favor se hubiera hecho la inscripción o una sentencia firme. En el presente supuesto no consta el otorgamiento de escritura pública alguna que contenga el referido consentimiento de la entidad acreedora o sentencia firme alguna en procedimiento dirigido contra la misma, no resultando por tanto título hábil alguno que inicie el procedimiento registral de cancelación de la carga hipotecaria. Por tanto, el recurso debe ser desestimado.

Resolución de 4-2-2020
BOE 26-6-2020
Registro de la Propiedad de Palafruguell.

HIPOTECA: CANCELACIÓN CUANDO EXISTE NOTA MARGINAL DE EXPEDICIÓN DE CERTIFICACIÓN PARA PROCEDIMIENTO EJECUTIVO. URBANISMO: ALCANCE DE LA AFECCIÓN URBANÍSTICA POR COSTES DE URBANIZACIÓN.

El apartado 2.º del artículo 688 es más amplio que el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, pero lo cierto es que la finalidad de ambos preceptos es lograr la coordinación entre la ejecución hipotecaria y la cancelación judicial o extrajudicial de la propia hipoteca, por lo que la regla general es que para cancelar una hipoteca por causas distintas de la propia ejecución, debe resultar previamente acreditado registralmente que ha quedado sin efecto la ejecución hipotecaria, pues de lo contrario se podría perjudicar a los posibles terceros adquirentes en la ejecución, que confían en la presunción de validez de los asientos registrales, en clara infracción del principio de confianza legítima en la validez de los pronunciamientos del Registro. Sentado, pues, que la ejecución de una carga con mejor rango que la hipoteca en ejecución conllevará la cancelación de esta sin necesidad de previa cancelación de su nota marginal, el primer defecto de la nota de calificación recurrida, tal como ha sido redactado, debe ser revocado, sin perjuicio de que el registrador deba dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 135 de la Ley Hipotecaria.

El plazo de caducidad hay que computarlo desde la fecha de inscripción de la afección, si bien dicha cancelación no conlleva la extinción de la obligación legal del propietario de hacer frente a los gastos de urbanización puesto que en tanto que el suelo no haya sido objeto de la completa transformación urbanística está vinculado al pago de los gastos de urbanización por imperativo legal. Ahora bien, respecto a los titulares del dominio u otros derechos reales o cargas cuya inscripción o anotación se haya producido sobre las fincas de resultado, sin intervención en el expediente de equidistribución, y que no se hayan subrogado voluntariamente en las cargas pendientes de urbanización, hay que entender que la afección urbanística solo podrá perjudicarles en la medida en que resulte inscrita y no haya caducado. En el caso que nos ocupa, la referida hipoteca constaba constituida e inscrita sobre la finca de origen, y pasó, por subrogación real, a recaer sobre la finca resultante de la reparcelación inscrita. Por tanto, la existencia registral de dicha hipoteca es anterior a la constancia registral de la afección urbanística de la finca de resultado. Conforme al artículo 19 del RD 1093/97 la titularidad inicial de la citada hipoteca, siendo un derecho inscrito con anterioridad a la aprobación e inscripción del proyecto de reparcelación, queda sin duda sujeta a la citada afección urbanística.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, esa titularidad registral de la citada hipoteca correspondía inicialmente al «Banco Popular, S.A.», pero, con posterioridad al arrastre de esta carga sobre la finca resultante de la inscripción del proyecto de reparcelación, la titularidad de esa misma hipoteca fue transmitida e inscrita a favor de la entidad «Praedium Desarrollos Urbanos, S.L.» entidad que, ahora sí, resulta ser un tercero registral no anterior, por lo que tal afección legal solo le perjudica y le es oponible, como tercero registral que es, si la constancia registral de la referida afección permaneciera todavía vigente, o al menos legalmente operativa, en el momento en que se pretender hacer valer en su con-

tra dicha afección urbanística y obtener la cancelación registral de la referida hipoteca. Podemos concluir que tal afección urbanística estaba sin duda vigente cuando se practicó la anotación de embargo de fecha 1 de septiembre de 2012.

Por último, debe recordarse aquí que, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, no procede ahora tomar en consideración documentos aportados junto al recurso o mencionados en él que no consta que fueran aportados en su día para ser tenidos en cuenta en la nota de calificación registral ahora recurrida, ni tampoco cuestiones que no hayan sido planteadas en la nota de calificación registral.

Resolución de 4-2-2020
BOE 26-6-2020
Registro de la Propiedad de Pola de Laviana.

CALIFICACIÓN SUSTITUTORIA: ALCANCE. RECTIFICACIÓN DE SUPERFICIE: BASE GRÁFICA ALTERNATIVA.

La intervención del registrador sustituto se limita a confirmar o revocar la nota de calificación y en este último caso y si la revocación es total, debe acompañar el texto comprensivo de los términos en que deba practicarse el asiento (cfr. art. 19 bis 3.ª de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de este Centro Directivo de 10 y 31 de julio de 2018 y 30 de enero, 1 de marzo, 22 de abril y 26 de julio de 2019).

Tratándose de una escritura de rectificación de otra anterior, por aplicación de los citados preceptos, debe aportarse, como regla general también el título rectificado, a efectos de que el registrador pueda calificar íntegra y globalmente el título, de conformidad con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. Ahora bien, en el presente caso, es plenamente aplicable la doctrina de esta Dirección que ha afirmado para el supuesto de que el título venga acompañado o se le incorpore determinada documentación complementaria (*vid.* Resoluciones de 16 de noviembre de 2011, 21 de noviembre de 2014, 11 de abril de 2016 y 24 de enero de 2019), que: «(…) si la escritura calificada —como la presente—, tiene un contenido no solo confesorio sino también volitivo, al consignar el negocio documentado en su integridad y expresar el consentimiento contractual de quienes aparecen con la plenitud del poder dispositivo sobre la finca afectada y con capacidad para realizar el acto traslativo cuestionado, de modo que queda garantizada la autenticidad de dicho consentimiento, con las consecuencias derivadas de la fe pública de que goza el documento público notarial (cfr. arts. 1218 CC, 1 y 17.bis, apartado a), de la Ley del Notariado, y 1 y 145 del Reglamento Notarial), ha de producir los efectos de toda escritura pública y, en concreto, ha de reputarse título inscribible (art. 2, apartados 1.º y 2.º, de la Ley Hipotecaria y art. 7 de su Reglamento)».

La presentación de copias electrónicas de escrituras públicas debe ajustarse en todo caso a lo previsto en el artículo 112 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de modo que la copia autorizada electrónica deberá contar con firma electrónica reconocida del notario autorizante, interviniente o responsable del protocolo y el notario deberá remitir tal documento a través del Sistema de Información central del Consejo General del Notariado debidamente conectado con el Sistema de Información corporativo del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Cabe enunciar los medios hábiles para obtener la inscripción registral de rectificaciones descriptivas y sistematizarlos en tres grandes grupos: — Los que solo persiguen y solo permiten inscribir una rectificación de la superficie contenida en la descripción literaria, pero sin simultánea inscripción de la representación gráfica de la finca, como ocurre con los supuestos regulados en el artículo 201.3, letra a) y letra b) de la Ley Hipotecaria, que están limitados, cuantitativamente, a rectificaciones de superficie que no excedan del 10 % o del 5 %, respectivamente, de la cabida inscrita, y que no están dotados de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros, sino solo de notificación registral tras la inscripción «a los titulares registrales de las fincas colindantes». — El supuesto que persigue y permite inscribir rectificaciones superficiales no superiores al 10 % de la cabida inscrita, pero con simultánea inscripción de la representación geográfica de la finca. Este concreto supuesto tampoco está dotado de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros, si bien, como señala el artículo citado, «el Registrador notificará el hecho de haberse practicado tal rectificación a los titulares de derechos inscritos, salvo que del título presentado o de los trámites del artículo 199 ya constare su notificación». — Y, finalmente, los que persiguen y potencialmente permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (tanto de superficie como linderos, incluso linderos fijos), de cualquier magnitud (tanto diferencias inferiores como superiores al 10% de la superficie previamente inscrita) y además obtener la inscripción de la representación geográfica de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices —pues no en vano, como señala el artículo 199, es la delimitación georreferenciada de la finca la que determina y acredita su superficie y linderos, y no a la inversa—. Así ocurre con el procedimiento regulado en el artículo 199 y con el regulado en el artículo 201.1, que a su vez remite al artículo 203, de la Ley Hipotecaria.

En el caso que nos ocupa, tal y como señala el registrador en su calificación, no procede efectuar la rectificación descriptiva al amparo de la letra a) del apartado 3 del artículo 201, ya que dicho precepto únicamente se refiere a supuestos en los que no se pretende la inscripción de la representación gráfica pero la rectificación descriptiva se efectúa sobre la base de los datos catastrales. Sin embargo, el procedimiento para incorporar al Registro la ubicación y delimitación gráfica de la finca, con rectificación de su superficie y linderos, se inicia a instancia del titular y no de oficio por parte del registrador y tal solicitud puede considerarse implícita en el documento, ya que según el criterio del apartado segundo letra a de la Resolución Circular de 3 de noviembre de 2015 (consagrado en Resoluciones de esta Dirección General de 15 de junio y 22 de julio de 2016, 19 de diciembre de 2017 y 18 de abril de 2018, entre otras muchas), se entiende solicitado el inicio del procedimiento cuando en el título presentado se rectifique la descripción literaria de la finca para adaptarla a la resultante de la representación geográfica georreferenciada que se incorpore.

Procede analizar la admisibilidad de la representación gráfica alternativa aportada, atendiendo a los requisitos técnicos que esta debe reunir. Debe reiterarse en este punto lo que ya se dijo por esta Dirección General en Resolución de 16 de enero de 2017. Deberá contenerse en el fichero informático, en formato GML, previsto en el Anexo de la resolución, cuyos datos deberán corresponderse con los datos descriptivos y de superficie de la parcela o parcelas resultantes cuya inscripción se solicita. El citado fichero habrá de estar firmado electrónicamente, en su caso, por el técnico que haya intervenido en su elaboración, y autenticado con firma electrónica o por otros medios fehacientes por el propietario o autori-

dad competente. Además deberá estar representada sobre la cartografía catastral y respetar la delimitación de la finca matriz o del perímetro del conjunto de las fincas aportadas que resulte de la misma, precisando las partes afectadas o no afectadas, de modo que el conjunto de todas las parcelas catastrales resultantes respete la delimitación que conste en la cartografía catastral. También debe contener la fecha de realización, los datos del solicitante, la metodología utilizada, los datos de identificación de las parcelas catastrales afectadas, la representación gráfica de cada una de las parcelas resultantes, representadas sobre la cartografía catastral, la superficie obtenida y un listado de coordenadas de sus vértices y declaración del técnico, bajo su responsabilidad, que el trabajo se ha ejecutado cumpliendo las especificaciones técnicas contenidas en la resolución conjunta, siguiendo la metodología especificada, no estar incurso en causa alguna que le impida o limite el ejercicio legítimo de su profesión o de incompatibilidad legal para su realización, así como el cumplimiento todos los requisitos técnicos que se detallan en el número 2 del apartado séptimo de la Resolución Conjunta. El documento incorporado a la escritura no reúne los requisitos técnicos expuestos.

Resolución de 4-2-2020
BOE 26-6-2020
Registro de la Propiedad de Ávila, número 2.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: EXPEDICIÓN DE CERTIFICACIÓN DE DOMINIO Y CARGAS.

La función calificadora no le permite al registrador revisar el fondo de la resolución judicial en la que se basa el mandamiento de cancelación, esto es no puede juzgar sobre su procedencia. Pero sí comprobar que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los titulares de los derechos inscritos en el Registro cuya cancelación se ordena por el tribunal». En este sentido, puede el registrador valorar si teniendo en cuenta el contenido de los libros del Registro, el procedimiento que se sigue para la ejecución de una hipoteca se ajusta al contenido de aquel, dado que el procedimiento de ejecución hipotecaria es esencialmente de carácter registral, por el carácter constitutivo que la inscripción tiene con relación al derecho real de hipoteca (arts. 1875 CC y 130 y 145 de la Ley Hipotecaria).

En el supuesto de este expediente, se trata de decidir si debe expedirse certificación de dominio y cargas para la ejecución de una hipoteca cuando se ha producido la modificación del primitivo crédito de forma que se ha dividido en dos, que pasan a tener diferente régimen jurídico, dándose la circunstancia de que la finca hipotecada se ha dividido horizontalmente distribuyéndose cada préstamo surgido de la división entre diversas fincas que responden exclusivamente por cada uno de los respectivos créditos. No nos encontramos, como defiende el recurrente, ante una distribución del crédito hipotecario entre las fincas resultantes de la división horizontal, sino ante una previa división del préstamo inicial de forma que, una vez operada esta, la responsabilidad que se distribuye no es la del préstamo originario, sino la de cada uno de los préstamos, 1 y 2, resultantes de dicha división. En virtud de la distribución quedan respondiendo distintas fincas respecto de cada préstamo, de forma que se consuma la diferenciación tanto del crédito como de su garantía. La hipoteca constituida inicialmente no puede

considerarse enlazada, a efectos de ejecución, con esas distintas obligaciones, puesto que a consecuencia de la división del préstamo y dada la accesoriedad de la hipoteca respecto al mismo, esta debe entenderse también dividida, así lo exige el principio de especialidad, de manera que haya una perfecta determinación de lo garantizado, de la garantía constituida y de su inscripción en el Registro. Y en este sentido, es correcta la actuación del registrador.

Resolución de 4-2-2020
BOE 26-6-2020
Registro de la Propiedad de Tamarite de Litera.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: EFECTOS DE SU CADUCIDAD.

Las anotaciones preventivas tienen una vigencia determinada y su caducidad opera «*ipso iure*» una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, entre ellos el relativo a la posición de prioridad que las mismas conceden a su titular, y que permite la inscripción de un bien con cancelación de cargas posteriores a favor del adjudicatario, que ha adquirido en el procedimiento del que deriva la anotación, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.ª del Reglamento Hipotecario, si al tiempo de presentarse aquel en el Registro, se había operado ya la caducidad. Y ello porque como consecuencia de esta, han avanzado de rango y pasado a ser registralmente preferentes (cfr. Resoluciones de 28 de noviembre de 2001 y 11 de abril de 2002). De otro modo: caducada la anotación, como acontece en el presente caso, no es posible obtener el trasvase de prioridad en detrimento de las cargas posteriores, debiendo el registrador denegar la inscripción del mandamiento en que dicha cancelación se pretenda. Aun siendo muy importante en el proceso de ejecución la expedición de la certificación de titularidad y cargas, y su nota marginal, sin embargo, no debe identificarse con los efectos de la propia anotación preventiva de embargo.

En la Resolución de esta Dirección General de 11 de enero de 2017, y en las que esta recoge entre sus «Vistos», queda claro que la caducidad de la anotación determina que el beneficiado ha perdido el derecho que la legislación procesal y registral le reconoce de purgar directamente y sin más trámites las cargas posteriores, aunque ello no significa que deba soportarlas, sino que la liberación debe ser acordada en un procedimiento distinto en el que sean parte los interesados, y en el que el juez se pronuncie sobre tal extremo en particular. En el procedimiento que motiva la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2017, si bien se trata de una demanda directa contra la calificación registral, han sido demandados los titulares de las anotaciones preventivas posteriores a la que motiva la ejecución. No obstante lo anterior, el actual titular tabular tiene a su disposición los remedios previstos en el ordenamiento si considera oportuna la defensa de su posición jurídica (arts. 66 de la Ley Hipotecaria y 117, 594, 601 y 604 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) a fin de que los tribunales, en su caso, puedan adoptar la decisión oportuna en orden a la preferencia entre cargas, mediante la interposición de las correspondientes tercerías de mejor derecho, o de dominio, o por la ausencia de buena fe, con demanda a todos los interesados, evitando su indefensión (cfr. arts. 24 de la Constitución y 20 y 38 de la Ley Hipotecaria).

Será a través de una resolución judicial, adoptada en un proceso contradictorio en el que hayan sido partes todos los titulares de las cargas posteriores a la anotación caducada, como podrá determinarse si es o no procedente la cancelación de dichas cargas, de acuerdo con la doctrina de las citadas Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Resolución de 5-2-2020
BOE 26-6-2020
Registro de la Propiedad de Mijas, número 2.

URBANISMO: EFECTOS DE LAS CONDICIONES IMPUESTAS EN UNA LICENCIA.

Como sostiene el registrador en su preceptivo informe, no pueden ahora ser tenidos en consideración documentos aportados junto al escrito de recurso que no pudieron ser examinados en el momento de realizar la calificación impugnada. El registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción no está vinculado por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación.

Como ha señalado la Dirección General de los Registros y del Notariado (*vid.*, entre otras, la Resolución de 31 de octubre de 2019), es pacífico, doctrinal y jurisprudencialmente, que la urbanística es, como toda licencia, un acto de autorización, si bien limitada a las de edificación, uso del suelo, y del subsuelo. Por ello, el rasgo esencial de estas licencias viene caracterizado por su naturaleza reglada, de manera que el otorgamiento de la licencia, o bien su denegación, solo tiene en cuenta una variable: la conformidad o no del acto proyectado con la normativa aplicable al caso, esto es, la ley y los planes urbanísticos. Acorde con su naturaleza reglada, no resulta admisible la imposición de condiciones ajenas al parámetro de referencia de la actuación administrativa. En cambio, sí que es perfectamente posible sujetar las licencias a «conditio iuris», esto es, a los requisitos urbanísticos legalmente exigidos. Entre los actos administrativos inscribibles, se hace mención expresa de «las condiciones especiales a que se sujeten los actos de conformidad, aprobación o autorización administrativa, en los términos previstos por las Leyes» —artículo 65.1.d) de la Ley de Suelo. Ello no supone que todas las condiciones que pueda contener un acto administrativo y cuyo reflejo registral se acuerde sean susceptibles de acceso al Registro, pues el tratamiento de este tipo de determinaciones urbanísticas de base legal y afectantes a fincas concretas, pero de efectos jurídicos limitados, debe resultar coherente con las normas reguladoras del Registro de la Propiedad, entre los cuales se encuentra señaladamente la expulsión del contenido de los libros registrales de toda mención de derechos o gravámenes o limitaciones dispositivas de efectos jurídico reales susceptibles de inscripción separada y especial.

Por otro lado, no puede desconocerse que la finca objeto de la escritura cuya calificación ha motivado este recurso aparece inscrita a nombre de una sociedad mercantil y, sin perjuicio del destino que el planeamiento urbanístico le tenga asignado, continúa siendo de dominio privado. La jurisprudencia viene manteniendo que la existencia de normas urbanísticas o acuerdos municipales sobre ejecución del planeamiento que afecten a terrenos de propiedad privada

no implica que estos pasen al dominio público por tal razón, hasta tanto no exista el acto formal de cesión de tales terrenos. A la vista de lo expuesto, ha de concluirse que la finca respecto de la que se realiza la cesión en la escritura calificada puede transmitirse a cualquier persona física o jurídica, tanto pública como privada, puesto que en el Registro figura a nombre de una sociedad mercantil y no aparecen limitaciones a la libre disposición impuestas a su titular, lo que es consecuencia del principio de legitimación registral —artículo 38 de la Ley Hipotecaria— en cuanto a la presunción de existencia y pertenencia del derecho inscrito a su titular registral «en la forma determinada por el asiento respectivo». Tan solo consta la expresión de una condición establecida en la licencia que autorizó la segregación que la creó, que no es más que una expresión del destino que para dicha finca tiene previsto el planeamiento urbanístico, pero que no altera su actual titularidad privada ni supone una prohibición de enajenar. Por ello no puede mantenerse el defecto recogido en la nota de calificación.

Resolución de 5-2-2020
BOE 26-6-2020
Registro de la Propiedad de Santa Fe, número 2.

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ARTÍCULO 98 LEY 24/2001.

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 documentado 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.

Para resolver el presente recurso lo relevante es que, como afirma el registrador, en la reseña del poder el notario ha omitido toda referencia a su eventual inscripción en el Registro Mercantil o al carácter especial del citado poder (este carácter es referido por el notario únicamente en su escrito de recurso, por lo que no puede tenerse en cuenta en la resolución del mismo —cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria—). Y esta objeción debe ser confirmada.

Resolución de 5-2-2020
BOE 26-6-2020
Registro de Bilbao, número 6.

HIPOTECA: ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 5/2019. HIPOTECA: NO PUEDE EL REGISTRADOR EXIGIR QUE SE HAGA CONSTAR DE FORMA EXPRESA LA COINCIDENCIA DE LA ESCRITURA CON LA FEIN.

En la interpretación del inciso final del artículo 1, y de este último apartado b), se ha planteado si para que resulte aplicable la Ley 5/2019 a los préstamos con personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes, en quienes concurra la condición de consumidor, y cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, se requiere que tales inmuebles (construidos o por construir) tengan también un uso o destino residencial. Y esta cuestión se ha resuelto en la Instrucción de 20 de diciembre de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ante diversas dudas en la aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. En el supuesto de los préstamos con 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.

Como consecuencia de la aplicación de la Ley 5/2019 al préstamo formalizado en la escritura calificada, no pueden mantenerse los reparos expresados en la calificación respecto del interés de demora pactado, resultante de adicionar tres puntos al interés ordinario, pues se ajusta a lo establecido, respecto de todo préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, en los artículos 25 de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y 114, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria.

También las anteriores aclaraciones sobre el ámbito de aplicación de la Ley 5/2019 hacen necesario decidir sobre la objeción que la registradora opone a la inscripción de la misma (y de la cual nada se expresa en la calificación sustitutoria) consistente en que en la reseña del acta notarial previa a la formalización de dicho préstamo a la que se refiere el artículo 15 de la citada ley debe indicarse que los hipotecantes no deudores y el fiador, personas físicas, han recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previstos en dicho precepto legal. La registradora debe 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, y también el hipotecante no deudor y el fiador, personas físicas en caso de existir, han recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en el artículo 15 de la Ley. Ciertamente, el apartado 7 del citado artículo 15 se refiere únicamente al «prestatario», pero frente a la interpretación únicamente literal de esta norma debe prevalecer la interpretación lógica, sistemática y finalista de la misma para incluir en la preceptiva reseña contenida en la escritura calificada en el presente caso la indicación de que también se ha cumplido el principio de transparencia material respecto de las hipotecantes no deudoras y del fiador.

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 6-2-2020
BOE 26-6-2020
Registro de la Propiedad de Alcalá la Real.

FINCA REGISTRAL: RESTO DE FINCA MATRIZ NO BIEN DESCRITA EN EL REGISTRO.

Como ya declarara la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de marzo de 2002, las diferencias de descripción de la finca

matriz, como consecuencia de no haberse tenido en cuenta una segregación, son irrelevantes si dicha finca está perfectamente identificada y se pretende respetar la descripción actual según Registro. En consecuencia, el objeto del presente expediente se limita a determinar si practicada una segregación, registralmente sin descripción completa de la finca resto, es posible la inscripción de sucesivos negocios jurídicos sobre la misma, manteniendo la descripción registral.

No puede servir de obstáculo a la inscripción de la herencia presentada respecto de la finca matriz, bastando con hacer constar en la inscripción la referencia a la descripción resultante de los asientos anteriores y al pie del título que se ha hecho la inscripción según la descripción registral como ha solicitado el interesado. Cuestión distinta y que no se plantea la calificación es si se incumple la obligación de inscripción preceptiva de la representación gráfica georreferenciada de la finca, exigible conforme al artículo 9.b) de la Ley Hipotecaria, aplicable en el caso de que la segregación hubiese accedido al Registro después de la entrada en vigor de la Ley 13/2015, de 24 de junio.

Resolución de 7-2-2020
BOE 26-6-2020
Registro de la Propiedad de Madrid, número 20.

BIENES PRIVATIVOS POR CONFESIÓN: ALCANCE DEL ARTÍCULO 95.4 DEL RH.

Como cuestión previa, hay que hacer constar que en el escrito de interposición de recurso se hacen manifestaciones y aportan numerosos documentos que no habían sido presentados a la calificación, por lo que, de conformidad con el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, no pueden ser tenidos en cuenta en la extensión de la nota negativa. No obstante, como no afectan al fondo del asunto, se entrará en la resolución, esto es, si fallecido el cónyuge confesante, es necesaria la concurrencia de sus herederos forzosos o que se acredite su inexistencia.

Cuando en la adquisición realizada por uno de los cónyuges no se hace ninguna manifestación sobre el carácter de la adquisición, pero consta que está casado en régimen de gananciales, la inscripción del bien se practicará como presuntivamente ganancial. La presunción de ganancialidad deriva de la Ley cuando no hay ninguna prueba acerca del carácter ganancial, pero la inscripción registral no publica en este caso una presunción de ganancialidad, sino la titularidad ganancial misma del bien cuya exactitud se presume y está bajo la salvaguardia de los tribunales mientras no se declare su inexactitud por los procedimientos establecidos en la Ley Hipotecaria.

En el ámbito registral, respecto del artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario, la Dirección General de los Registros y del Notariado (*vid.* Resolución de 16 de octubre de 2003) ha puesto de relieve que, aunque no establece distinción cuando exige, en tales casos, el consentimiento de los herederos forzosos del cónyuge confesante para la inscripción de la enajenación realizada por el supérstite, dicha regla no es aplicable cuando los derechos legitimarios aparecen configurados como un mero derecho a un valor patrimonial atribuible por cualquier título (como ocurre con la legítima en Derecho catalán conforme al art. 451-1 CC de Cataluña). Indudablemente, esa misma solución —la no aplicabilidad del citado precepto reglamentario— sería la procedente en el Derecho civil gallego a la vista de las disposiciones de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de

Galicia. Y es precisamente por esta indeterminación por lo que el Reglamento Hipotecario, ante la necesidad de evitar en todo caso el acceso al Registro de negocios eventualmente claudicantes, impone el consentimiento de los herederos forzosos del confesante para la realización de actos dispositivos por parte del cónyuge beneficiado por la confesión, salvo que el carácter privativo del bien resulte de la partición hereditaria del confesante. En este sentido se afirma que el artículo 95, número 4, del Reglamento Hipotecario configura una auténtica limitación de las facultades que corresponden al favorecido por la confesión.

Resolución de 7-2-2020
BOE 26-6-2020
Registro de la Propiedad de Almendralejo.

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL ADQUIRENTE.

Se discute en el presente expediente si es suficiente la identificación del adjudicatario en una subasta administrativa sin resultar de la certificación presentada ni el estado civil ni, en caso de estar casado, el régimen económico matrimonial ni el carácter del bien. El propio artículo 51.9 del Reglamento Hipotecario exige expresamente la constancia del estado civil del titular registral y «de estar casado y afectar el acto o contrato que se inscriba a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, el régimen económico matrimonial y el nombre, apellidos y domicilio del otro cónyuge». En el presente expediente se pretende la inscripción dominical de un inmueble por virtud de una adjudicación administrativa, derecho de propiedad que evidentemente queda afectado por el estado civil del adjudicatario y, caso de estar casado, por el régimen económico-matrimonial vigente.

Resolución de 14-2-2020
BOE 2-7-2020
Registro de la Propiedad de Vigo, número 6.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: COINCIDENCIA CON CATASTRO.

En el caso que nos ocupa, no se aportó al Registro de la Propiedad, al tiempo de la calificación recurrida, el título público que acreditara que la parte vendedora hubiera adquirido la propiedad de la finca al menos un año antes de otorgar el titulo público de venta. Suponiendo que cuando se aportara dicho título público previo y se pueda comparar con el título inmatriculador se cumpla el requisito de que «exista identidad en la descripción de la finca contenida en ambos títulos a juicio del Registrador» lo que es evidente es que no se cumple el requisito legal de que exista también identidad, en todo caso, «en la descripción contenida en el título inmatriculador y la certificación catastral descriptiva y gráfica que necesariamente debe ser aportada al efecto», pues el título inmatriculador describe la finca con una superficie de solo 1.800 metros cuadrados, mientras que la certificación catastral aportada se refiere a un recinto gráfico de 3.607 metros cuadrados del cual la finca vendida dice ser solo una parte.

Para tratar de subsanar las diferencias existentes entre la descripción de la finca en los títulos públicos y la que resulta de la certificación catastral, quienes

figuran como compradores en el título público inmatriculador, por sí solos, y sin concurrencia de los vendedores, rectifican unilateralmente en una nueva escritura la descripción de la finca comprada. La escritura rectificatoria supone que estamos ante un nuevo otorgamiento negocial que subsana o rectifica otro anterior, y al que por tanto sustituye, debiendo ajustarse este nuevo otorgamiento a las reglas generales de prestación del consentimiento negocial contenidas en los artículos 1254, 1258, 1259, 1261 y 1262 del Código civil, exigiéndose en consecuencia el concurso del vendedor en la escritura de complementaria, o su ratificación posterior, conforme al citado artículo 1259 del Código civil.

Resolución de 14-2-2020
BOE 2-7-2020
Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 6.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: SOBRE EL DERECHO HEREDITARIO DEL DEMANDADO.

Lo primero que debe afirmarse es que en el recurso contra la calificación de registradores no cabe tener en consideración más que los documentos que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en motivos o documentos no presentados en tiempo y forma (art. 326 de la Ley Hipotecaria).

Para tomar anotación preventiva del embargo en caso de procesos ejecutivos por deudas del titular registral, fallecido durante el procedimiento, deberá acreditarse al registrador que se demandó al titular registral, que ha fallecido y que se ha seguido la tramitación con sus herederos, por sucesión procesal conforme al artículo 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Si se ha producido el fallecimiento del titular registral antes de iniciado el procedimiento, y este se sigue por deudas de herederos ciertos y determinados, además del fallecimiento deberá acreditarse al registrador que la demanda se ha dirigido contra estos, indicando sus circunstancias personales y acompañando los títulos sucesorios y el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad (art. 166.1.a, párrafo segundo, del Reglamento Hipotecario). En definitiva, deberá acreditarse su condición de herederos del titular registral.

En caso de procesos ejecutivos por deudas del causante siendo sus herederos indeterminados, o por deudas de estos herederos indeterminados —herencia yacente—, será preciso, para poder considerarse cumplimentado el tracto sucesivo, o bien que se acredite en el mandamiento que se ha dado emplazamiento a alguno de los posibles llamados a la herencia, o bien que se ha procedido al nombramiento judicial de un administrador de la herencia yacente.

Resolución de 14-2-2020
BOE 2-7-2020
Registro de la Propiedad de Albacete, número 1.

OBRA NUEVA: NO ES NECESARIA LICENCIA PARA LA PREVIA DEMOLICIÓN.

El defecto ha de ser revocado. Bien es cierto que artículo 180.1.e) de la Ley del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura incluye la demolición de construc-

ciones entre los actos sujetos a licencia, pero una interpretación finalista de dicho precepto ampara, en los casos de construcciones de nueva planta en solares en los que existen construcciones previas ruinosas, los trabajos previos de demolición de las mismas. Cuestión distinta, no planteada en este caso, sería el determinar los requisitos exigibles en el caso en que se pretendiera simplemente declarar la desaparición de la edificación existente, sea por ruina o por derribo voluntario, y así hacer constar su nueva descripción como solar, y en particular si ello es posible sin intervención técnica ni administrativa alguna, mas no constituye objeto de este expediente.

Resolución de 14-2-2020
BOE 2-7-2020
Registro la Propiedad de Huelva, número 3.

HIPOTECA: CANCELACIÓN POR RESOLUCIÓN JUDICIAL.

El testimonio de decreto presentado no es título hábil para la cancelación de la inscripción de hipoteca, y no es título hábil porque no ordena tal cancelación de hipoteca, limitándose a ordenar la cancelación de la nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas que consta al margen de la inscripción de hipoteca. Así resulta también de la diligencia de ordenación de 14 de diciembre de 2016 dictada en el mismo procedimiento en la que vuelve a hablarse de «mandamiento por duplicado dirigido al Registro de la Propiedad de Huelva-tres para la cancelación de la nota marginal de haberse expedido en fecha 25 de octubre de 2011 certificación de dominio y cargas en relación a la finca registral de Huelva núm. 40442». En ningún momento pues, se ordena la cancelación de la hipoteca.

Es cierto que este Centro Directivo ha admitido la posibilidad de que, en algún caso parecido, un mandamiento judicial sirviera de base para cancelar la hipoteca. Sin embargo, en el caso objeto de este expediente, la causa que se aduce como sustento de la cancelación es que se han satisfecho las pretensiones del actor. No se aclara si en efecto se ha pagado la totalidad de la obligación garantizada por la hipoteca, o solo las cantidades vencidas y adeudadas hasta la fecha de inicio del procedimiento. Solo el pago íntegro de todas las cantidades cubiertas por la cifra de responsabilidad hipotecaria, o la condonación expresa del acreedor respecto de lo no pagado, que resulten de la declaración de voluntad de dicho acreedor manifestada en documento público o reconocida por sentencia dictada en un procedimiento seguido contra él, pueden ser causa suficiente de la cancelación total de la hipoteca que ordena el mandamiento calificado. Y esta circunstancia no resulta con la suficiente claridad de dicho mandamiento.

Resolución de 14-2-2020
BOE 2-7-2020
Registro de la Propiedad de Madrid, número 24.

RECURSO GUBERNATIVO: PLAZO DE INTERPOSICIÓN. RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Dado que no consta de modo fehaciente la notificación de la calificación se entiende, como resulta del párrafo tercero del artículo 40 LPA, que las notifica-

ciones surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o interponga cualquier recurso que proceda. Por tanto, como sostiene reiteradamente este Centro Directivo (cfr. Resolución de 25 de abril de 2014) si la notificación practicada omite alguno de los requisitos formales a que debe someterse o no es acreditada por el registrador, tiene como lógica consecuencia que el recurso no puede estimarse extemporáneo.

Además a tenor de lo señalado en el mismo artículo 326 de nuestra Ley Hipotecaria, el recurso solo puede versar sobre los pronunciamientos señalados por el registrador en su nota de calificación y en atención a las circunstancias contenidas en el título o los títulos presentados para la calificación, no pudiendo apoyarse en otros documentos o datos ajenos a dicha presentación y que se incorporen en el trámite de alegaciones (cfr. Resolución de 31 de julio de 2018), como son las certificaciones de otras fincas que se acompañan al recurso.

Entrando en el fondo del asunto, debe decidirse si procede rectificar la inscripción segunda de una finca, que a su vez rectifica la descripción de la finca de la inscripción primera, en el sentido de hacer constar que el anejo que se le atribuye en la inscripción primera, en realidad no existe, no teniendo la vivienda, anejo alguno. Toda la doctrina elaborada a través de los preceptos de la Ley y Reglamento Hipotecarios y de las Resoluciones de este Centro Directivo relativa a la rectificación del Registro parte del principio esencial antes expuesto que afirma que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (art. 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria).

En el presente caso, aunque pueda existir una inexactitud registral, no existe un error, pues el dato que la recurrente considera incorrecto se tomó, tal y como está, de los títulos que causaron la inscripción. Por lo que la rectificación deberá practicarse en la forma establecida en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria, siendo necesario el consentimiento unánime de la junta de propietarios en tanto que supone una modificación del título constitutivo o en su defecto resolución judicial recaída en el procedimiento correspondiente en el que podrán ventilarse todas las cuestiones que invoca la recurrente.

Resolución de 14-2-2020
BOE 9-7-2020
Registro de la Propiedad de El Rosario-Área Metropolitana de Santa Cruz de Tenerife.

CONCURSO DE ACREEDORES: ANOTACIÓN DE EMBARGO ADMINISTRATIVO.

Con carácter previo procede destacar la correcta actuación de la registradora al comprobar la situación de la sociedad titular de la finca por lo que se refiere a la situación de concurso, de obligatoria publicación en el «Boletín Oficial del Estado», inscripción en el Registro Mercantil y de la Propiedad y objeto de reflejo en el Registro Público Concursal, su toma en consideración directa por el registrador viene exigida en cumplimiento estricto de los deberes que resultan de la Constitución y obligan desde su publicación a todas las Administraciones públicas.

Las exigencias legales establecidas en la normativa concursal (art. 55 LC), se ciñen a que la diligencia de embargo sea de fecha anterior a la declaración

de concurso y a que los bienes embargados no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial el deudor. Son dos pues los requisitos que deben darse de forma cumulativa para que el apremio administrativo pueda continuar. El Tribunal Supremo, se ha pronunciado al respecto, al considerar la Sala de Conflictos que la intervención del Juzgado de lo Mercantil se hace preceptiva para el inicio o continuación de las ejecuciones singulares. Actualmente, así lo exige expresamente el artículo 56 de la Ley Concursal, según redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, al determinar en su apartado quinto que «a los efectos de lo dispuesto en este artículo y en el anterior, corresponderá al juez del concurso determinar si un bien del concursado resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor».

Por todo lo expuesto, debe considerarse que la falta de pronunciamiento del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Santa Cruz de Tenerife sobre el carácter necesario o no para la actividad profesional o empresarial del deudor concursado del bien objeto del embargo impide la anotación del mismo en el Registro de la Propiedad, ya que la anotación de embargo comparte la naturaleza de los actos comprendidos dentro del procedimiento de apremio y por ende su carácter ejecutivo no puede cuestionarse.

Resolución de 18-2-2020
BOE 2-7-2020
Registro de la Propiedad de Inca, número 1.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

El artículo 199 regula el expediente para la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca y su coordinación con el Catastro. 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 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el curso de tales actuaciones, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. Conforme al artículo 199 de la Ley Hipotecaria, «la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes determine necesariamente la denegación de la inscripción». El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el presente caso no resultan explicitadas en la nota de calificación las dudas de identidad que impiden la inscripción de la representación gráfica, ya que rechaza la inscripción por el único motivo de existir oposición de los titulares de dos fincas colindantes. Siguiendo la 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 jurisdic-

ción contenciosa. No puede ser otra la interpretación de esta norma pues de otro modo se desvirtuaría la propia esencia de este expediente según se ha concebido en el marco de la reforma de la jurisdicción voluntaria.

Resolución de 18-2-2020
BOE 2-7-2020
Registro de la Propiedad de San Fernando, número 2.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: PROTECCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

Es doctrina reiterada y consolidada (cfr. «Vistos») que la protección que el Registro de la Propiedad brinda al dominio público no debe referirse únicamente a aquel que conste inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

Resulta fundamental, para la tutela del dominio público marítimo-terrestre, la incorporación al Sistema Informático Registral de la representación gráfica georreferenciada en la cartografía catastral, tanto de la línea de dominio público marítimo-terrestre, como de las servidumbres de tránsito y protección, que ha de trasladar en soporte electrónico la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar a la Dirección General de los Registros y del Notariado —hoy, de Seguridad Jurídica y Fe Pública— (apartado 2 del art. 33 del Reglamento de Costas). Para los supuestos de dudas de invasión de dominio público en la tramitación del procedimiento previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, ha señalado reiteradamente este Centro Directivo que resulta esencial la comunicación a la Administración titular del inmueble afectado a efectos de valorar si efectivamente se produce dicha invasión, y tal intervención solo puede producirse durante la tramitación del procedimiento correspondiente. También ha reiterado esta Dirección General que las dudas en la identidad de la finca pueden ser manifestadas por el registrador al comienzo del expediente, como sucede en el caso que nos ocupa, evitando así dilaciones y trámites innecesarios.

En el caso de este recurso, el dato de que la finca invade el dominio público marítimo-terrestre resulta de la consulta realizada por el registrador a la Sede Electrónica del Catastro y a la Sede del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, de la que resulta que la representación gráfica de la finca cuya inscripción se pretende está íntegramente ubicada en el dominio público marítimo-terrestre deslindado. No nos encontramos ante un caso en el que el registrador manifieste meras dudas o sospechas de que la finca pueda invadir el dominio público sino que manifiesta la certeza de la invasión del dominio público.

Finalmente, cabe hacer referencia a la solicitud de deslinde al amparo del artículo 200 de la Ley Hipotecaria formulada por el recurrente. En primer lugar hay que señalar que se trata de un procedimiento que debe iniciarse ante notario, tal y como prevé el propio precepto en sus dos primeros párrafos. Y en segundo lugar, debe recordarse que, de conformidad con el último párrafo del mismo artículo, «lo dispuesto en este artículo no resultará de aplicación a los inmuebles cuya titularidad corresponda a las Administraciones Públicas. En este caso, el deslinde se practicará conforme a su legislación específica».

Resolución de 19-2-2020
BOE 2-7-2020
Registro de la Propiedad de Granollers, número 3.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DOCUMENTOS PRIVADOS.

El recurso es el cauce legalmente arbitrado para impugnar las calificaciones de los registradores cuando suspendan o denieguen el asiento solicitado; pero cuando dicha calificación, haya sido o no acertada, ha desembocado en la práctica del asiento, este queda bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1 de la Ley Hipotecaria) y produce todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud o nulidad en los términos establecidos en la propia ley, lo que conduce a su artículo 40, en el que se regulan los mecanismos para lograr la rectificación del contenido del Registro cuando es inexacto.

El artículo 3 de la Ley Hipotecaria establece, como regla general que, para que puedan ser inscritos los negocios o actos jurídicos inscribibles que se expresan en el artículo 2, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por autoridad judicial o por el Gobierno o sus agentes, en la forma que prescriban los reglamentos; siendo las únicas excepciones las expresamente recogidas en la legislación hipotecaria, entre las que no se encuentra el documento privado objeto de este expediente. Por ello, conforme al artículo 420 RH es procedente la denegación del asiento de presentación.

Resolución de 19-2-2020
BOE 2-7-2020
Registro de la Propiedad de Mieres.

HERENCIA: SUSTITUCIÓN VULGAR Y LEGÍTIMA.

El artículo 813.2 del Código civil establece como límite al testador no imponer sobre la legítima «sustitución de ninguna especie». Sin embargo, este precepto se ha interpretado en el sentido de que dicha prohibición se debe matizar en función de los distintos efectos de las diferentes modalidades de sustituciones, de forma que lo esencial es respetar la finalidad de la norma de «no perjudicar» los derechos de legítima de los herederos forzosos. a admisión del llamamiento a los sustitutos vulgares del legitimario que repudia la herencia (o el legado) supondría una restricción o perjuicio de la legítima de los colegitimarios del renunciante, y por ello dicho efecto quedaría sujeto a la interdicción de las disposiciones testamentarias que constituyan un gravamen o limitación de la legítima estricta (art. 813.2.o CC). Esta tesis se sostiene también, además de en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2003, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección Quinta), número 114/2007, de 29 de marzo. Por ello, no debe ofrecer duda que los descendientes de un legitimario renunciante no pueden alegar derecho alguno a la legítima, pues han perdido la expectativa de ser legitimarios por razón de la renuncia de su padre. Esto es así, claramente, en la sucesión intestada, porque la renuncia, según resulta de los preceptos citados, se extiende a la estirpe eliminándose con ello el derecho de representación, expandiendo —que no acreciendo— la posición de los restantes.

En consecuencia, en el concreto supuesto de este expediente, renunciada la legítima por el legatario legitimario, los descendientes de este renunciante no son

legitimarios, y la posición de los hijos del legitimario, tras renunciar su padre, se modifica en forma sustancial, pues pasan a ser unos herederos extraños a la legítima. Su posición con ello difiere notablemente de la posición de los hijos del legitimario premuerto, desheredado o incapaz por indignidad, supuestos en los que la estirpe, ya sea en la vía testada o intestada, ocupan en cuanto a la legítima estricta la posición de su progenitor (arts. 814, 857 y 761 CC), y la renuncia extingue la legítima sobre la estirpe, lo que resulta del artículo 985.2 del Código civil, —«si la parte repudiada fuere la legítima sucederán en ella los coherederos por su derecho propio, y no por el derecho de acrecer»—. La Dirección General de los Registros y del Notariado añade que «nada impide, por supuesto, que se produzca una sustitución vulgar en el legado ordenado en favor de los nietos. Pero el bien o su parte indivisa correspondiente, será recibido por los hijos del renunciante en concepto distinto de la legítima.

En el concreto supuesto de este expediente, la cláusula literal es del tenor siguiente: «Lega a su hijo, Don N. G. S., para el pago de la legítima estricta, la plaza de garaje señalada con el número (…) y si [no] fuese suficiente se complementará con metálico, aunque no hubiere de él en la herencia. Este legatario, será sustituido, en su caso, por sus descendientes». Pues bien, interpretan todos los intervinientes, en su condición de herederos y a falta de albaceas para ello, que el legado se ha de aplicar «en su caso» a los descendientes del legitimario, esto es solo en el «caso» de que los descendientes sean legitimarios (por premoriencia o indignidad del hijo), y que no siendo legitimarios no procede la sustitución. Así, habiendo sido interpretado el testamento en el sentido expresado, por los herederos a falta de albacea nombrado que lo haga, debe ser aceptada la interpretación realizada, si bien cabe recordar que de los artículos 859 y 860 del Código civil resultan las obligaciones que tienen todos los herederos de entrega de los legados y del cumplimiento en este punto de la voluntad del testador, a lo que podrían ser requeridos en su caso por quien se creyera con derecho para ello.

Resolución de 19-2-2020
BOE 2-7-2020
Registro de la Propiedad de León, número 4.

REPRESENTACIÓN INDIRECTA: EFECTOS CIVILES Y REGISTRALES.

La interpretación del artículo 1717 del Código civil ha originado una evolución de la doctrina en la que se detectan esencialmente dos posturas diferentes con efectos muy dispares. Sancionada legalmente la eficacia plena de la relación directa entre el representante indirecto y el tercero, aspecto en el que no se plantean dificultades, el problema fundamental surge a la hora de delimitar los efectos entre el representado y el tercero. La jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha dudado en atribuir efectos directos para el representado cuando el carácter ajeno de la gestión del representante indirecto ha quedado suficientemente acreditado (Sentencias de 1 de mayo de 1900, 10 de julio de 1946, 17 de diciembre de 1959, 22 de noviembre de 1965, 2 de noviembre de 1970, 16 de mayo de 1983, 25 de febrero de 1994, 19 de junio de 1997, 18 de enero de 2000 y 31 de octubre de 2003).

Admitida la adquisición inmediata de la propiedad por el «*dominus*», el siguiente problema que se presenta se concreta en la forma de acreditación de su titularidad que, de momento, puede quedar reservada u oculta. Únicamente es

preciso un acto que revele hacia el exterior la titularidad. En esa situación, la vía recta que permitirá acreditar la titularidad del «*dominus*» podrá ser voluntaria, mediante la escritura otorgada por el representante y aquel en la que el primero reconozca *erga omnes* el derecho del último (cfr. art. 540 CC). Esta escritura no es, en puridad, una rectificación o modificación del título previo que requiera el otorgamiento por todas las partes implicadas en la relación, incluso el tercero que contrató con el representante, porque lo cierto es que, en la realidad de las cosas, el título previo y la relación contractual establecida y en él documentada no se modifica.

Ahora bien, en relación con la escritura de reconocimiento, no parece suficiente la mera declaración de las partes dirigida a reconocer la titularidad del «*dominus*», sino que esa declaración debe estar suficientemente justificada, a fin de acreditar de manera suficiente la existencia de la relación representativa. En este punto, ha de atenderse a cada supuesto fáctico. Desde este punto de vista, aunque resulte discutible la aplicación de la ratificación a la representación indirecta —el artículo 1259 del Código civil se refiere estrictamente a la actuación en nombre ajeno— lo que no resulta dudoso es la admisibilidad de una declaración de las partes dirigida a suplir la falta de acreditación previa de la representación o, incluso, a completar la eventual falta de poder de representación del actuante (arts. 1727 y 1892 y 1893 CC), siempre que esa declaración vaya acompañada de algún hecho o circunstancia que permita afirmar que, atendidas las circunstancias, ha quedado suficientemente evidenciada la relación de representación, lo que obliga necesariamente a atender a las circunstancias de cada caso.

Es doctrina de este Centro Directivo que lo que accede a los libros registrales es el título material por el que se produce la transmisión o la declaración del dominio que, a su vez, ha de estar consignado en un título formal de los previstos en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, por lo que solo si el reconocimiento de dominio tiene la condición de título material transmisivo o declarativo del dominio puede acceder al Registro de la Propiedad, y por ello es necesaria la expresión de la causa (cfr. Resolución de 19 de enero de 1994). De aquí resulta que el reconocimiento de dominio efectuado sin expresión de causa carece de virtualidad traslativa y no procede su inscripción. Pero en el supuesto en estudio no es esa la situación que se produce. La doctrina expuesta ha sido claramente corroborada en las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo y 10 de junio de 2016.

Resolución de 19-2-2020
BOE 2-7-2020
Registro de la Propiedad de El Puerto de Santa María, número 2.

PROHIBICIONES DE DISPONER: MODALIDADES Y EFECTOS.

Con carácter general, cabe recordar la doctrina sobre la configuración registral de las prohibiciones de disponer que este Centro Directivo ha establecido en diversas ocasiones desde la clásica Resolución de 20 de diciembre de 1929 hasta la más reciente de 2 de noviembre de 2018. Conforme a esta doctrina las prohibiciones de disponer no son verdaderos derechos reales cuya inscripción perjudique a terceros adquirentes, sino restricciones que, sin atribuir un correlativo derecho al beneficiado por ellas, limitan el ejercicio de la facultad dispositiva («*ius disponendi*») de su titular (cfr. Resolución de 13 de octubre de 2005). Tales

restricciones no impiden la realización de actos dispositivos forzosos, sino tan solo los actos voluntarios de transmisión «inter vivos», por lo que un bien gravado con una prohibición de disponer es susceptible de ser transmitido «*mortis causa*» o en virtud de los citados actos dispositivos de carácter forzoso.

También es doctrina reiterada de esta Dirección General distinguir entre dos tipos de prohibiciones: a) Las prohibiciones voluntarias y las que tienen su origen en un procedimiento civil, tratan de satisfacer intereses básicamente privados: Por ello, prevalece la finalidad de evitar el acceso al Registro del acto dispositivo realizado por quien carece de poder de disposición para ello al no habérsele transmitido la facultad dispositiva. En consecuencia, si cuando otorgó el acto afectado por la prohibición de disponer no tenía limitado su poder de disposición el acto fue válido y debe acceder al Registro a pesar de la prioridad registral de la prohibición de disponer, aunque se entiende que la inscripción del acto anterior no implica la cancelación de la propia prohibición de disponer, sino que esta debe arrastrarse. b) Las adoptadas en los procedimientos penales y administrativos lo que quieren garantizar es el cumplimiento de intereses públicos o evitar la defraudación del resultado de la sentencia penal o las responsabilidades que de ella puedan derivar. Debe, en consecuencia, prevalecer el principio de prioridad establecido en el artículo 17 frente a la interpretación más laxa del artículo 145 del Reglamento Hipotecario que se impone en las prohibiciones voluntarias y derivadas de procedimientos civiles, provocando así el cierre registral incluso cuando se trata de actos anteriores a la prohibición. No cabe duda que tanto en las prohibiciones decretadas en procedimientos penales como en las administrativas existe cierto componente de orden público que no puede ser pasado por alto. Y es que en estas últimas la prohibición de disponer no trata de impedir la disponibilidad del derecho por parte de su titular, desgajando la facultad dispositiva del mismo, cual ocurre con las voluntarias, sino que tiende a asegurar el estricto cumplimiento de la legalidad administrativa o el resultado del proceso penal.

En consecuencia, constando anotada una prohibición de disponer que abarca cualquier acto de enajenación, transmisión o de «cualquier operación» ordenada por la Agencia Tributaria, existe un componente de orden público que no puede ser pasado por alto, prevaleciendo los superiores intereses públicos, debiéndose denegar la inscripción de la compraventa (ahora posterior tras la caducidad del primer asiento de presentación) sin que se plantee por tanto la eventual prevalencia que conforme al artículo 145 Reglamento Hipotecario podría haber tenido la escritura de compraventa si fuera de fecha anterior a la misma y la anotación se hubiera limitado dentro de un procedimiento civil a prohibir actos dispositivos.

En cuanto al segundo de los defectos también debe ser confirmado. En este sentido la sentencia de disolución de la sociedad de gananciales aportada como documento complementario, la cual además no es firme, es de fecha 11 de septiembre de 2019, y la fecha de la compraventa es de 17 de diciembre de 2018. En base a ello, no se retrotraen los efectos de la sentencia al momento de la demanda, en cuanto a la disolución de los gananciales. Además como ha reiterado este Centro Directivo (cfr., por todas, las Resoluciones de 22 de febrero y 28 de abril de 2005), el artículo 266 del Reglamento del Registro Civil exige en su párrafo sexto, que en las inscripciones que en cualquier otro Registro —y, por tanto, en el de la Propiedad— produzcan los hechos que afecten al régimen económico matrimonial han de expresarse los datos de inscripción en el Registro Civil.

Resolución de 20-2-2020
BOE 2-7-2020
Registro de la Propiedad de El Rosario-Área Metropolitana de Santa Cruz de Tenerife.

CONCURSO DE ACREEDORES: EFECTOS DE LAS NEGOCIACIONES PRECONCURSALES SOBRE PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN.

Con carácter previo procede destacar la correcta actuación de la registradora al comprobar la situación preconcursal de la sociedad titular de la finca. El apartado 3 del artículo 5 bis de la Ley Concursal dispone que el secretario judicial, hoy letrado de la administración de justicia, ordenará la publicación en el Registro Público Concursal del extracto de la resolución por la que se deje constancia de la comunicación presentada por el deudor o, en los supuestos de negociación de un acuerdo extrajudicial de pago, por el notario o por el registrador mercantil, en los términos que reglamentariamente se determinen.

Conforme a dicho artículo 5 bis, la comunicación de estas negociaciones al juzgado ante el que deba, en su caso, seguirse el concurso, podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5, esto es, dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. Pero el efecto principal de la comunicación, que viene recogido en el apartado 4 del citado artículo, es la limitación temporal del inicio de ejecuciones judiciales de bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, hasta que, conforme a su primer párrafo, se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis.1, se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación, se adopte el acuerdo extrajudicial de pagos, se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio o tenga lugar la declaración de concurso.

En primer lugar, conforme al artículo 5 bis de la Ley Concursal corresponde al deudor en su comunicación indicar qué ejecuciones se siguen contra su patrimonio y cuáles de ellas recaen sobre bienes que considere necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial, lo que se hará constar en el decreto por el cual el secretario judicial tenga por efectuada la comunicación del expediente.

Tratándose de un procedimiento judicial, sería correcta la actuación de la registradora, por cuanto dicha limitación solo afecta a aquellos procedimientos que recaigan sobre bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, siendo por lo tanto necesario determinar si las fincas cuyo embargo se pretende anotar tienen dicha característica. No obstante, lo anterior, no puede obviarse el contenido del último inciso del punto 4 del artículo 5 bis, que señala: «Quedan, en todo caso, excluidos de las previsiones contenidas en este apartado los procedimientos de ejecución que tengan por objeto hacer efectivos créditos de derecho público». Y entre los créditos de derecho público se encuentran, entre otros, aquellos para cuya gestión recaudatoria resulte de aplicación el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

El registrador, al ejercer su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, habida cuenta del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros

registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos.

Resolución de 20-2-2020
BOE 3-7-2020
Registro de la Propiedad de Vélez Málaga, número 2.

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 autoriza-

ción—), 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 20-2-2020
BOE 3-7-2020
Registro de la Propiedad de Algete.

PARCELACIÓN URBANÍSTICA: VENTA DE CUOTAS INDIVISAS DE FINCA RÚSTICA.

Esta Dirección General —cfr. Resoluciones de 14 de julio de 2009, 12 de julio de 2010, 2 de marzo y 24 de mayo de 2012 y 2 de enero y 15 de abril de 2013— acorde con los pronunciamientos jurisprudenciales, ha ido desarrollando una doctrina, asumiendo tal concepto de parcelación urbanística, siguiendo el proceso que han seguido las actuaciones para soslayar su prohibición y precisamente para protegerse de ellas, trascendiendo la estricta división material de fincas, la tradicional segregación, división o parcelación, para alcanzar la división ideal del derecho y del aprovechamiento, y en general todos aquellos supuestos en que manteniéndose formalmente la unidad del inmueble, se produce una división en la titularidad o goce, ya sea en régimen de indivisión, de propiedad horizontal, de vinculación a participaciones en sociedades, o de cualquier otro modo en que se pretenda alcanzar los mismos objetivos.

El Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia urbanística, comparte tal toma de posición y así su artículo 79, si bien se halla encabezado por el epígrafe «divisiones y segregaciones», se refiere en su párrafo primero, no solo a los estrictos supuestos de división o segregación de fincas realizadas en suelo no urbanizable, sino también a todo supuesto en que, cuando por las circunstancias de descripción, dimensiones, localización o número de fincas resultantes de la división o de las sucesivas segregaciones, surgiere duda fundada sobre el peligro de creación de un núcleo de población, a cuyo efecto y para la definición y desarrollo de este concepto, remite a los términos señalados por la legislación o la ordenación urbanística aplicable.

Concurren en el supuesto de hecho circunstancias que llevan a la estimación del recurso: primero: que se ha otorgado escritura de subsanación por el que se suprime toda referencia al pacto de asignación del derecho de uso entre las parcelas, limitándose por tanto la solicitud de inscripción a la cuota indivisa transmitida. Y segundo, que ya está inscrita en el Registro de la Propiedad —por título de compraventa— la participación indivisa del 13,10000% de la finca a favor de un tercero y por ende, también la porción indivisa restante del 86,899563% a favor de la ahora donante en el título objeto de calificación y recurso. En consecuencia, el registrador deberá proceder —como señala el recurrente conforme a lo dispuesto en los artículos 79 y 80 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, acompañando no solo el título de donación sino también la escritura de subsanación (que no se

pudo tomar en consideración en la inicial notificación efectuada a la Consejería de Agricultura).

Resolución de 21-2-2020
BOE 3-7-2020
Registro de San Boi de Llobregat.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: SUSPENSIÓN POR FALTA DE ACREDITACIÓN DE LOS REQUISITOS FISCALES. CONDICIÓN RESOLUTORIA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD CONVENCIONAL.

Inicialmente se suspende la calificación por no acreditarse el pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. Posteriormente se autoliquida el Impuesto y es objeto de nota de calificación posterior, por lo que entienden los recurrentes que ha habido incumplimiento de la obligación de calificación unitaria que establece el artículo 258 de la Ley Hipotecaria. Sin embargo, esto no es así. En sentido amplio, la calificación registral abarca varios momentos sucesivos: en un primer momento, el registrador ha de calificar y decidir si practica o no el asiento de presentación en el Libro Diario de operaciones; en un segundo momento, a continuación del anterior, ha de calificar si concurre o no alguna causa legal por la que deba suspenderse la calificación sobre el fondo del documento, como podría resultar de la aplicación de los artículos 18, párrafo segundo, y 255 de la Ley Hipotecaria; y finalmente, pero siempre dentro del plazo legal para ello, ha de calificar en su plenitud y de manera global y unitaria el documento presentado a fin de decidir si procede o no practicar los asientos correspondientes en los libros de inscripciones (véase Resolución de 24 de mayo de 2017).

La forma normal de cancelación de la condición resolutoria explícita es la escritura de carta de pago otorgada por el vendedor, conforme a la regla general de titulación pública proclamada en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria. Solo excepcionalmente se prevén por la ley supuestos de cancelación por caducidad legal o convencional que deben ser objeto de interpretación estricta, ajustado a lo dispuesto en la ley. La ley (art. 82 de la Ley Hipotecaria) es clara por tanto al legitimar solo al titular registral de cualquier derecho sobre la finca para cancelar por prescripción legal las condiciones resolutorias pactadas. Si se tiene en cuenta que por titular registral debe considerarse a quien tiene inscrito algún derecho sobre la finca (véase art. 38 de la Ley Hipotecaria), y no a quien tiene meramente a su favor una anotación preventiva —asiento provisional y temporal—, la conclusión es que el anotante de un embargo no dispone a su favor de la facultad excepcional de acudir a la cancelación de la condición resolutoria por prescripción de la facultad resolutoria. La posición jurídica del titular registral es bien distinta que el mero anotante, quien solo goza del efecto de enervar la fe pública frente a terceros, pero no de los demás efectos del sistema registral, como la fe pública, la prioridad o la legitimación registral. Tampoco por vía de entender que ha habido caducidad convencional puede entenderse posible la cancelación de la condición resolutoria por mera instancia, pues en la caducidad convencional hay que estar, en aras del principio de libertad contractual que cita el propio recurrente (art. 1255 CC) a lo pactado en el título constitutivo.

Resolución de 21-2-2020
BOE 2-7-2020
Registro de la Propiedad de Carrión de los Condes-Frechilla.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: REQUISITO DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN.

Como ha afirmado con reiteración esta Dirección General (*vid.*, por todas, la Resolución de 10 de abril de 2017) es principio básico de nuestro Derecho hipotecario, íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria, el de tracto sucesivo, en virtud del cual, para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (art. 20 de la Ley Hipotecaria). En consecuencia, estando las fincas transmitidas, inscritas en el Registro de la Propiedad y bajo la salvaguardia de los tribunales a favor de una persona distinta, no podrá accederse a la inscripción del título calificado sin consentimiento del titular registral, que resulte de los correspondientes títulos traslativos con causa adecuada (cfr. arts. 2 y 17 de la Ley Hipotecaria).

En consecuencia, estando inscrito el dominio a nombre de persona distinta del transmitente, no cabe acceder a la inscripción mientras no se presenten los títulos oportunos que acrediten las distintas transmisiones efectuadas, o se acuda a alguno de los medios que permite la Ley Hipotecaria para reanudar el tracto sucesivo interrumpido (cfr. art. 208).

Resolución de 21-2-2020
BOE 2-7-2020
Registro de la Propiedad de Castellón de la Plana, número 1.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE APREMIO POR DEUDAS A LA SEGURIDAD SOCIAL: CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LOS TRÁMITES ESENCIALES.

La aprobación de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, y de la posterior Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, obligaban a una necesaria adaptación reglamentaria, lo que tuvo lugar mediante la aprobación del Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio. Entre las novedades que se introducen con esta reforma, en lo que ahora nos interesa, destaca la modificación del régimen jurídico de la enajenación de los bienes embargados dentro del procedimiento de apremio, en particular, el procedimiento de subasta, para adaptarlo a los principios emanados del informe elaborado por la Comisión para la Reforma de las Administraciones públicas (CORA) con el objetivo de la agilización y simplificación de dichos procedimientos, así como la potenciación de los medios electrónicos, según se destaca en el preámbulo del citado Real Decreto 1071/2017. Lo que resulta particularmente relevante a los efectos de este expediente, en cuanto a la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta desierta.

El hecho de que la adjudicación directa haya sido contemplada, hasta la reforma introducida por el Real Decreto 1071/2017, como un procedimiento alternativo a la subasta para el caso de que esta haya quedado desierta, no autoriza a confundirlo en modo alguno con el propio procedimiento de la subasta, por el mero hecho de compartir su condición de procedimientos de enajenación forzosa en un expediente de apremio. Se trata de un procedimiento «posterior y subsiguiente» al procedimiento de subasta, es decir, claramente distinto de este. Y precisamente se elimina por su menor grado de concurrencia y transparencia como se explica en el propio preámbulo, como «ratio» última de la reforma en este punto.

Esta disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, al igual que sucede en el caso de las transitorias del Código civil, debe guiar como criterio interpretativo las cuestiones de derecho transitorio no contempladas específicamente por el Real Decreto 1071/2017, según se desprende de la disposición transitoria decimotercera del Código, conforme al cual «los casos no comprendidos directamente en las disposiciones anteriores se resolverán aplicando los principios que les sirven de fundamento». Todo lo cual impide admitir como criterio de interpretación el basado en la plena equiparación entre la subasta y la enajenación directa, como si de procedimientos o modos de enajenación indiferenciados se tratase, lo que no es posible legalmente ni desde el punto de vista transitorio, ni desde el punto de vista sustantivo o material.

Conforme a la nueva redacción dada por el reiterado Real Decreto 1071/2017 al artículo 107 del Reglamento, una vez declarada desierta la subasta lo procedente, al no ser admisible acudir a la adjudicación directa, sería aplicar la previsión del artículo 109.1 del mismo, que de conformidad con el artículo 172.2 de la Ley General Tributaria, dispone que «cuando en el procedimiento de enajenación regulado en la anterior subsección no se hubieran adjudicado alguno o algunos de los bienes embargados, el órgano de recaudación competente podrá proponer de forma motivada al órgano competente su adjudicación a la Hacienda pública en pago de las deudas no cubiertas» —o en caso de no entender procedente esta adjudicación a la Hacienda Pública, iniciar un nuevo procedimiento de enajenación a través de una nueva subasta, conforme al artículo 112.2 del Reglamento General de Recaudación—.

Resolución de 25-2-2020
BOE 3-7-2020
Registro de la Propiedad de Zafra.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 201 DE LA LEY HIPOTECARIA: REQUISITOS.

La única cuestión objeto de debate en este recurso es si para la tramitación del expediente previsto en el artículo 201 de la Ley Hipotecaria es preciso que sea coincidente la nueva descripción que se pretende hacer constar en el Registro con la que figura en el título de dominio del promotor.

De la simple lectura de los preceptos transcritos hasta ahora resulta una evidente diferencia respecto al inicio del procedimiento según tenga finalidad inmatriculadora o de rectificación de descripción. En el supuesto del expediente de dominio para la inmatriculación se exige la aportación del título de dominio, debiendo ser coincidente la descripción del mismo con la que

resulta del Catastro, según se ha expuesto. En este expediente inmatriculador resulta fundamental la acreditación del dominio de la finca pues, no en vano, conforme al artículo 7 de la Ley Hipotecaria «la primera inscripción de cada finca en el Registro de la Propiedad será de dominio y se practicará con arreglo a los procedimientos regulados en el Título VI de esta Ley». A diferencia de ello, en el expediente para la rectificación de descripción de la finca, el artículo 201 expresa como particularidad que su inicio se realiza «mediante la aportación al Notario de la descripción registral de la finca y su descripción actualizada», sin que sea, por tanto, preciso aportar el título dominical. En efecto, ello es coherente con el objeto y finalidad de este procedimiento, en el que no se pretende acreditar el dominio de una finca, sino que únicamente se pretende la adecuación de su descripción registral a la realidad física, constando ya inscrito el dominio, por lo que lo relevante será la acreditación de la representación gráfica de la finca, que determina su exacta ubicación y delimitación.

Resolución de 25-2-2020
BOE 3-7-2020
Registro de la Propiedad de Zafra.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 201 DE LA LEY HIPOTECARIA: REQUISITOS.

La única cuestión objeto de debate en este recurso es si para la tramitación del expediente previsto en el artículo 201 de la Ley Hipotecaria es preciso que sea coincidente la nueva descripción que se pretende hacer constar en el Registro con la que figura en el título de dominio del promotor.

De la simple lectura de los preceptos transcritos hasta ahora resulta una evidente diferencia respecto al inicio del procedimiento según tenga finalidad inmatriculadora o de rectificación de descripción. En el supuesto del expediente de dominio para la inmatriculación se exige la aportación del título de dominio, debiendo ser coincidente la descripción del mismo con la que resulta del Catastro, según se ha expuesto. En este expediente inmatriculador resulta fundamental la acreditación del dominio de la finca pues, no en vano, conforme al artículo 7 de la Ley Hipotecaria «la primera inscripción de cada finca en el Registro de la Propiedad será de dominio y se practicará con arreglo a los procedimientos regulados en el Título VI de esta Ley». A diferencia de ello, en el expediente para la rectificación de descripción de la finca, el artículo 201 expresa como particularidad que su inicio se realiza «mediante la aportación al Notario de la descripción registral de la finca y su descripción actualizada», sin que sea, por tanto, preciso aportar el título dominical. En efecto, ello es coherente con el objeto y finalidad de este procedimiento, en el que no se pretende acreditar el dominio de una finca, sino que únicamente se pretende la adecuación de su descripción registral a la realidad física, constando ya inscrito el dominio, por lo que lo relevante será la acreditación de la representación gráfica de la finca, que determina su exacta ubicación y delimitación.

Resolución de 25-2-2020
BOE 3-7-2020
Registro de la Propiedad de Zafra.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 201 DE LA LEY HIPOTECARIA: REQUISITOS. PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 201 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

La única cuestión objeto de debate en este recurso es si para la tramitación del expediente previsto en el artículo 201 de la Ley Hipotecaria es preciso que sea coincidente la nueva descripción que se pretende hacer constar en el Registro con la que figura en el título de dominio del promotor.

De la simple lectura de los preceptos transcritos hasta ahora resulta una evidente diferencia respecto al inicio del procedimiento según tenga finalidad inmatriculadora o de rectificación de descripción. En el supuesto del expediente de dominio para la inmatriculación se exige la aportación del título de dominio, debiendo ser coincidente la descripción del mismo con la que resulta del Catastro, según se ha expuesto. En este expediente inmatriculador resulta fundamental la acreditación del dominio de la finca pues, no en vano, conforme al artículo 7 de la Ley Hipotecaria «la primera inscripción de cada finca en el Registro de la Propiedad será de dominio y se practicará con arreglo a los procedimientos regulados en el Título VI de esta Ley». A diferencia de ello, en el expediente para la rectificación de descripción de la finca, el artículo 201 expresa como particularidad que su inicio se realiza «mediante la aportación al Notario de la descripción registral de la finca y su descripción actualizada», sin que sea, por tanto, preciso aportar el título dominical. En efecto, ello es coherente con el objeto y finalidad de este procedimiento, en el que no se pretende acreditar el dominio de una finca, sino que únicamente se pretende la adecuación de su descripción registral a la realidad física, constando ya inscrito el dominio, por lo que lo relevante será la acreditación de la representación gráfica de la finca, que determina su exacta ubicación y delimitación.

Es consolidada la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr. «Vistos») que afirma 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, como consta en la nota transcrita en los hechos de esta resolución y se ha reseñado en el fundamento primero, la duda de la registradora se fundamenta en la magnitud del exceso, en la procedencia de la finca por división material y en constar inscritas «otras fincas» con el mismo número de policía, lo procedente en el caso que nos ocupa será expedir la certificación advirtiendo en la misma las dudas de identidad para que en el curso del procedimiento puedan aportarse los documentos o practicarse las diligencias que se estimen oportunas para tratar despejar tales dudas. Si bien la modificación del número de policía no requiere acudir a este expediente (según prevé el apartado 2 del art. 201), en la tramitación del mismo puede acreditarse tal modificación, junto a las demás rectificaciones descriptivas que se pretendan. Y aunque no cabe duda que la coincidencia en los datos de situación de la finca que se pretende rectificar con los de otra que ya esté inscrita puede justificar las dudas de identidad por una posible invasión de finca colindante; en el presente caso no resulta de la nota de calificación cuál sea la finca que se ve afectada, ni en qué modo o quién sea el titular que pueda verse afectado a los efectos de intervenir el procedimiento

en defensa de sus derechos, si es que se viera perjudicado por la rectificación pretendida.

Resolución de 26-2-2020
BOE 3-7-2020
Registro de la Propiedad de Elche, número 4.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Toda la doctrina elaborada a través de los preceptos de la Ley y del Reglamento Hipotecarios y de las Resoluciones de este Centro Directivo relativa a la rectificación del Registro parte del principio esencial que afirma que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (art. 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria). Por ello, como ha reiterado este Centro Directivo (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), la rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho. La rectificación registral se practica conforme indica el artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

La registradora exige que también haya sido demandado el anterior titular registral que transmitió la finca en el negocio que ahora ha sido calificado como donación, a consecuencia de declaración de simulación contractual. A juicio de este Centro Directivo esta exigencia no puede mantenerse. En primer lugar, porque ni el principio de legitimación registral, ni el de tracto sucesivo imponen que para modificar un asiento tengan que intervenir otras personas que las que aparecen como actuales titulares según el Registro. Y, en segundo término, porque las cuestiones referidas a la adecuada constitución de la legitimación pasiva en el proceso judicial, en tanto no afecten a la necesaria intervención de los titulares registrales, son apreciadas por el juez en el procedimiento, sin que pueda el registrador, dentro del respeto a los límites que el artículo 100 del Reglamento Hipotecario establece para la calificación de los documentos judiciales, revisar tal extremo.

Resolución de 26-2-2020
BOE 3-7-2020
Registro de la Propiedad de Ourense, número 3.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Ha sido reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (*vid.*, por todas, Resolución 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. El hecho de que sea el acto de calificación lo que

constituye el objeto del recurso tiene importantes consecuencias, entre ellas que, por imperativo legal, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador.

Resolución de 26-2-2020
BOE 3-7-2020
Registro de la Propiedad de Marbella, número 2.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Cuando la calificación, haya sido o no acertada, ha desembocado en la práctica del asiento, este queda bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1 de la Ley Hipotecaria) y produce todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la propia Ley, lo que conduce a su artículo 40, en el que se regulan los mecanismos para lograr la rectificación del contenido del Registro cuando es inexacto. En efecto, una vez practicado un asiento registral, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria). Por tanto la rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral, y de todos aquellos a los que el asiento atribuya a algún derecho, o la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablada contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho.

Por último, debe tenerse en cuenta también que el hecho de que el objeto del recurso contra la calificación negativa del registrador no sea el asiento registral sino el propio acto de calificación de dicho funcionario tiene importantes consecuencias, entre ellas que, por imperativo del artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

Resolución de 26-2-2020
BOE 2-7-2020
Registro de la Propiedad de Campillos.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: ALCANCE CUANDO HA RECAÍDO UNA RESOLUCIÓN DE UN PREVIO RECURSO.

El objeto, alcance y efecto del llamado recurso contra una determinada nota de calificación no es decidir ni proclamar la inscribibilidad o no del documento calificado, sino analizar y resolver sobre la adecuación a derecho de la concreta nota de calificación objeto de recurso, de modo que si tal nota de calificación adoleciera de algún defecto formal, o de falta de motivación suficiente, su revocación por motivos formales en vía de recurso no prejuzga ni proclama que el documento calificado sea inscribible.

Queda fuera de toda duda que la primacía del principio de legalidad exige, para evitar la práctica de asientos contrarios a la legalidad vigente, permitir que el registrador pueda apreciar la existencia de defectos incluso aunque no los

hubiera apreciado en una calificación anterior, o resultaran contradictorios con calificaciones anteriores, o fueran apreciados de manera extemporánea.

Lo que no sería respetuoso con la primacía del principio de legalidad sería sostener, como parece ser la petición del recurrente, que porque una nota de calificación registral haya sido revocada en vía de recurso por meras deficiencias formales, el documento calificado haya de ser necesariamente inscrito y obtener así los poderosos efectos jurídicos que la ley otorga a la inscripción, en perjuicio de terceros y/o sin el cumplimiento de los requisitos por los que legalmente ha de velar y vela la calificación registral.

Resolución de 27-2-2020
BOE 2-7-2020
Registro de la Propiedad de Antequera.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: EFECTOS DE SU CADUCIDAD.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General, que la caducidad de las anotaciones ordenadas judicialmente opera automáticamente e «*ipso iure*», una vez que se ha agotado el plazo de su vigencia sin haber sido prorrogadas (cfr. art. 86 de la Ley Hipotecaria), careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, por lo que los asientos posteriores a la anotación caducada ganan rango respecto de aquella y, en consecuencia, no pueden ser cancelados en virtud de un título —el mandamiento cancelatorio al que se refiere el artículo 175 del Reglamento Hipotecario— que, conforme a dicho precepto y a los artículos 131 y 133 de la Ley Hipotecaria solo puede provocar la cancelación respecto de asientos no preferentes. En nuestro Derecho registral se sigue un sistema de avance de puestos y no de reserva de rango, por virtud del cual cancelado el asiento correspondiente a un gravamen los posteriores avanzan en posición pasando a ser registralmente cargas anteriores o preferentes.

En cuanto a la posibilidad de inscribir el testimonio de auto de adjudicación de una finca cuando en el momento en que aquel se presenta en el Registro ha caducado la anotación preventiva de embargo correspondiente y dicha finca está ya inscrita a favor de persona distinta de aquella en cuyo nombre el juez otorga la transmisión, los principios de tracto sucesivo (art. 20 de la Ley Hipotecaria) y legitimación (art. 38 de la misma ley), incluso el de prioridad (art. 17 de la Ley Hipotecaria) obligan a denegar la inscripción de dicha adjudicación, ya que no es posible practicar asiento alguno que menoscabe o ponga en entredicho la eficacia de los asientos vigentes, si no es con el consentimiento del respectivo titular registral o por resolución judicial dictada en procedimiento entablado directamente contra él (arts. 1, 20, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 27-2-2020
BOE 3-7-2020
Registro de la Propiedad de Granollers, número 3.

PROCEDIMIENTO REGISTRAL: PRESENTACIÓN SUCESIVA DEL MISMO TÍTULO.

La regulación del artículo 108 del Reglamento Hipotecario, al amparar la posibilidad de reproducir la presentación del título, una vez caducado el asiento

de presentación anterior, y la subsiguiente petición de nueva calificación y cierre registral de la finca a los títulos posteriores, puede generar disfunciones y abusos que pueden resultar incompatibles con las exigencias de seguridad jurídica, situaciones que han de tener su remedio en los mecanismos legales frente al abuso de derecho (cfr. art. 7 CC). Sí excepcional, no puede mantenerse cuando la cuestión ha sido objeto de un recurso contra la calificación cuestionada, ya se trate de un recurso potestativo ante esta Dirección General, o de una impugnación directa ante los tribunales a través del juicio verbal (cfr. art. 324 de la Ley Hipotecaria), pues en tales casos la resolución que recaiga será definitiva, sin posibilidad de reproducir la misma pretensión.

Ajustándose plenamente la calificación impugnada a los postulados de la Dirección General de los Registros y del Notariado reseñados por extenso más arriba, la cuestión de fondo habrá de plantearse ante los tribunales de Justicia; pues, al encontrarse los asientos del Registro bajo la salvaguardia de los tribunales con arreglo al artículo 1 de la Ley Hipotecaria, los mismos solo podrán cancelarse o rectificarse con consentimiento del titular registral o mediante resolución judicial firme recaída en el procedimiento declarativo correspondiente, seguido contra todos aquellos a quienes los asientos que se traten de rectificar concedan algún derecho (cfr. art. 40 de la Ley Hipotecaria). La mera iniciación de estos procedimientos ante los tribunales no puede motivar asiento alguno, pues es necesario que el juzgado o tribunal competente decrete la correspondiente medida preventiva o cautelar que proceda, a través de la correspondiente anotación preventiva.

Resolución de 27-2-2020
BOE 3-7-2020
Registro de Ontinyent.

CONDICIÓN RESOLUTORIA: DISTRIBUCIÓN DEL PRECIO APLAZADO ENTRE LAS DISTINTAS VENDIDAS.

Ciertamente, la calificación debe ser unitaria y global (art. 258.5 de la Ley Hipotecaria), por lo que el registrador de la propiedad debe 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 una parte, también tiene declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado que las consideraciones anteriores no pueden prevalecer sobre uno de los principios fundamentales del sistema registral como es el de legalidad, lo que justifica la necesidad de poner de manifiesto los defectos que se observen aun cuando sea extemporáneamente. 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.

Respecto de la cuestión de fondo planteada, es doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr., por todas, la Resolución de 28 de febrero de 1994) que cuando al impago del precio aplazado de varias fincas vendidas se liga la facultad resolutoria del contrato por la parte vendedora, tal pacto no es inscribible sin distribuir o determinar cuál es parte del precio pendiente del que ha de responder cada una de las fincas vendidas, pues la exigencia del artículo 11 de la Ley Hipotecaria, como una manifestación del conocido como

principio de determinación, consecuencia a su vez del de especialidad que la llevanza del Registro por fincas impone, no deja lugar a dudas sobre su necesidad.

En general, respecto de la posibilidad de inscripción parcial de los títulos que se sometan a calificación, es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado que el registrador tiene que denegar o suspender la inscripción si entiende que las cláusulas que no deben acceder al Registro inciden en el total negocio celebrado, pero lo que no puede hacer es alterar su contenido reflejando en el asiento un negocio distinto del calificado.

Resolución de 28-2-2020
BOE 3-7-2020
Registro de la Propiedad de Nules, número 3.

DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE: MEDIDAS REGISTRALES PARA SU PROTECCIÓN.

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.

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 art. 33).

En los casos en los que las citadas aplicaciones informáticas para el tratamiento de bases gráficas, no dispongan de la información correspondiente a la representación gráfica georreferenciada de la línea de dominio público marítimo-terrestre y de las servidumbres de tránsito y protección, remitida en soporte electrónico por la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar (cuya fuente u origen no consta en el presente expediente). La única forma de lograr esta determinación será la previa aportación de certificación del Servicio Periférico de Costas de la que resulte la colindancia o intersección, así como la determinación de si la finca invade o no el dominio público marítimo-terrestre y su situación en relación con las servidumbres de protección y tránsito, todo ello según la representación gráfica que obre en tal Administración. No obstante, esta determinación previa solo debe ser exigible a aquellas fincas que, según los datos que consten en el Registro o a los que tenga acceso el registrador por razón de su cargo, como los datos catastrales (cfr. por todas, Resolución de 23 de abril de 2018), o que se desprendan del propio título inscribible, linden con este dominio público o puedan estar sujetas a tales servidumbres (arts. 15 de la Ley de Costas y 35 y 36 del Reglamento General de Costas).

Resolución de 28-2-2020
BOE 3-7-2020
Registro de la Propiedad de Getafe, número 1.

HIPOTECA: NÚMERO DE DEPÓSITO DE LAS CONDICIONES GENERALES EN EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES.

En la Instrucción de 13 de junio de 2019 de esta Dirección General, sobre el depósito de condiciones generales de la contratación, y el reflejo del mismo en las escrituras de préstamo y en el Registro de la Propiedad —a la que se remite la reciente Instrucción de este Centro de 20 de diciembre de 2019—, se analizan, entre otras, la siguiente cuestión: la necesidad, o no, de que en cualquier escritura pública de préstamo hipotecario, así como en su inscripción registral, se controle y haga constar que se ha producido el previo depósito de las condiciones generales de la contratación empleadas en la misma. 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. Si bien en el contrato de préstamo debe hacerse constar que las condiciones generales han sido objeto de depósito, y comprobarse por el notario y el registrador que dicho depósito se ha practicado, ello no impide que en la configuración del contrato se hayan acordado modificaciones respecto de esas condiciones generales, lo que es una exigencia de la flexibilidad que la contratación y el tráfico inmobiliario deben tener para adecuarse a las necesidades de las partes en cada caso particular.

En el presente caso el notario expresa que ha comprobado que la entidad prestamista tiene depositadas las condiciones generales del contrato de préstamo en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Por ello, no puede mantenerse la calificación recurrida.

Resolución de 28-2-2020
BOE 3-7-2020
Registro de la Propiedad de Granollers, número 3.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: SUPUESTOS DE DENEGACIÓN.

El registrador ha de analizar cada documento, con el objeto de decidir si procede o no su efectiva presentación al Diario. Pero la calificación que a estos efectos realiza el registrador es distinta de la que debe llevar a cabo con los documentos ya presentados para determinar si son o no susceptibles de inscripción o anotación. Consecuentemente, en este momento inicial el registrador debe limitarse exclusivamente a comprobar que concurren los requisitos que nuestro ordenamiento establece para que un documento pueda acceder al Libro Diario.

Conforme al 420 RH solo en aquellos casos en los que el propio presentante manifieste que su objetivo no es la práctica de un asiento en los libros del Registro, o en los que de una forma evidente resulte que el título nunca podría provocar dicho asiento, cabría denegar la presentación. Es indudable que en el presente expediente nos encontramos ante ese supuesto, ya que se trata de una instancia privada cuya finalidad no es provocar asiento registral alguno, sino demandar del registrador la realización de una serie de requerimientos a terceras personas

para que aporten los títulos necesarios para actualizar la titularidad registral de determinadas inscripciones de hipoteca.

Resolución de 4-3-2020
BOE 3-7-2020
Registro de la Propiedad de Picassent, número 2.

CALIFICACIÓN SUSTITUTORIA: NATURALEZA. SOCIEDAD DE GANANCIALES: LIQUIDACIÓN.

El artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria no contempla la calificación sustitutoria como un recurso impropio que se presenta ante otro registrador, sino como un medio de obtener una segunda calificación, ceñida a los defectos esgrimidos por el registrador sustituido. Por ello, del mismo modo que no puede el registrador sustituto añadir nuevos defectos a los inicialmente apreciados por el sustituido, sino que su calificación debe ceñirse a los defectos planteados y a la documentación aportada inicialmente, tampoco su eventual calificación negativa puede ser objeto de recurso, sino que en tal caso devolverá el título al interesado a los efectos de interposición del recurso frente a la calificación del registrador sustituido ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, el cual deberá ceñirse a los defectos señalados por el registrador sustituido con los que el registrador sustituto hubiere manifestado su conformidad.

Respecto de las alegaciones del recurrente relativas a la falta de motivación de la calificación impugnada, debe recordarse la doctrina de este Centro Directivo según la cual cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, conforme a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación.

En el supuesto de este expediente, se suceden los hechos por un orden cronológico normal y lógico: se pacta separación de bienes en capitulaciones matrimoniales y seguidamente se liquida la sociedad conyugal; al mes, se dicta sentencia de divorcio que causa inscripción en el Registro Civil; presentada la escritura de liquidación conyugal en el Registro en 2019, causa calificación suspendiendo la inscripción hasta la inscripción de las capitulaciones en el Registro Civil, lo que no se hace porque ya consta inscrito el divorcio; otorgada escritura de ratificación y reiteración del consentimiento por ambos excónyuges, ahora se deniega por la registradora señalando un defecto nuevo relativo a la causa. Pues bien, si en la primera escritura, la liquidación se realizaba como consecuencia de los capítulos, y en la segunda de reiteración lo era como consecuencia del divorcio, sea cual sea el origen, lo cierto es, que como bien alega el recurrente, la causa de la liquidación es la prestación de cosas como consecuencia de la extinción del régimen económico matrimonial, que lo había sido merced de las capitulaciones previas y que la sentencia de divorcio posterior, disuelve y extingue el matrimonio y no llega a producir el efecto extintivo del régimen económico porque ya se había acordado anteriormente entre los cónyuges. En ambas escrituras comparecen todos los interesados y titulares registrales, y no hay duda de que la causa de las transmisiones verificadas ha sido la liquidación de la sociedad de gananciales.

Bien se produzca por divorcio o por separación de bienes pactada, la causa es la liquidación de la sociedad conyugal, negocio oneroso.

Resolución de 4-3-2020
BOE 3-7-2020
Registro de la Propiedad de Toro-Fuentesaúco.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

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.

Ha reiterado este Centro Directivo que siempre que en el procedimiento del 199 de la Ley Hipotecaria 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 (Resoluciones de 8 de octubre de 2005, 2 de febrero de 2010, 13 de julio de 2011, 2 de diciembre de 2013, 3 de julio de 2014, 19 de febrero de 2015 y 21 de abril de 2016, entre otras). Atendiendo a las anteriores consideraciones, en el presente caso no resultan explicitadas en la nota de calificación las dudas de identidad que impiden la inscripción de la representación gráfica, ya que la registradora deniega la inscripción afirmando que se han formulado alegaciones, reseñando las mismas y expresando que se han documentado adecuadamente. En el presente caso la nota de calificación es totalmente insuficiente.

No obstante, a diferencia de lo que sucedió en el caso de la Resolución de 9 de octubre de 2019, pese a las deficiencias formales de la nota de calificación, el recurrente en su escrito de recurso entra en el fondo del asunto rebatiendo los argumentos formulados por el colindante en su escrito de oposición. Por este motivo y en aras a la economía procesal, procede entrar en el fondo de la cuestión. Las circunstancias concurrentes denotan la posible existencia de operaciones de modificación de entidades hipotecarias y negocios traslativos no formalizados debidamente y que no han tenido un adecuado acceso al Registro. Toda vez que existen dudas que impiden la inscripción de la representación gráfica, podrá acudirse al expediente de deslinde regulado en el artículo 200 de la Ley Hipotecaria (tal y como prevé para estos casos el propio art. 199), sin perjuicio de poder acudir al juicio declarativo correspondiente (cfr. art. 198 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 4-3-2020
BOE 3-7-2020
Registro de la Propiedad de Vigo, número 3.

OBRA NUEVA: COORDENADAS DE LA SUPERFICIE OCUPADA POR LA EDIFICACIÓN.

La Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la interpretación y aplicación

de algunos extremos regulados en la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, señaló, en su apartado octavo, punto 1, que «cuando, conforme al artículo 202 de la Ley Hipotecaria, proceda inscribir la relación de coordenadas de referenciación geográfica de la porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación, deberá constar inscrita, previa o simultáneamente, la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique». Para calificar tal extremo, no bastaría con efectuar una simple comparación aritmética para verificar que la medida de la superficie ocupada por la edificación no supere la medida de la superficie de la finca, sino que es precisa una comparación geométrica espacial acerca de dónde está efectivamente ubicada la porción ocupada por la edificación y que la ponga en relación con la delimitación geográfica de la finca. Cuando la finca no tiene previamente inscrita su georreferenciación, tal análisis geométrico espacial resultará difícil en ocasiones o imposible en otras, y puede no llegar a disipar las dudas acerca de si la concreta edificación declarada está o no efectivamente ubicada en su totalidad dentro de la finca sobre la que se declara.

La circunstancia de ubicarse la edificación en los límites de la parcela (como sucede en el supuesto de este expediente en cuanto alguno de los elementos constructivos declarados) o aún más, ocupando la totalidad de la misma, es relevante a la hora de determinar si la misma puede extralimitarse de la finca registral desde el punto de vista espacial o geométrico, tal y como se puso de manifiesto por esta Dirección General en la Resolución de 28 de septiembre de 2016 y reiterada en otras posteriores como la de 4 de enero de 2019. A ello cabe añadir que el certificado técnico que exige el párrafo a) del apartado 4 del artículo 28 del texto refundido de la Ley de Suelo, lo es «de la finca» con su descripción «coincidente con el título». Ahora bien, en el presente caso, la finca registral no coincide con la finca descrita en el certificado, siendo esta falta de coincidencia reconocida por el recurrente.

Resolución de 4-3-2020
BOE 3-7-2020
Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 8.

CONTROL DE LOS MEDIOS DE PAGO: CALIFICACIÓN REGISTRAL.

El régimen de la obligación de identificación de los medios de pago se puede sistematizar en los siguientes términos: 1) Se han de expresar por los comparecientes los importes satisfechos en metálico, quedando constancia en la escritura de dichas manifestaciones. 2) Pagos realizados por medio de cheques u otros instrumentos cambiarios: además de la obligación del notario de incorporar testimonio de los cheques y demás instrumentos de giro que se entreguen en el momento del otorgamiento, se establece que, en caso de pago anterior a dicho momento, los comparecientes deberán manifestar los datos a que se refiere el artículo 24 de la Ley del Notariado, correspondientes a los cheques y demás instrumentos de giro que hubieran sido entregados antes de ese momento. Pero a los datos del artículo 24 de la Ley del Notariado se añaden otros nuevos: la numeración y el código de la cuenta de cargo de los instrumentos de giro empleados. Por otra parte, cuando se trate de cheques bancarios o títulos librados por una entidad de crédito, ya sean entregados

con anterioridad o en el momento del otorgamiento de la escritura, el compareciente que efectúe el pago deberá manifestar el código de la cuenta con cargo a la cual se aportaron los fondos para el libramiento o, en su caso, la circunstancia de que se libraron contra la entrega del importe en metálico. De todas estas manifestaciones quedará constancia en la escritura. 3) En caso de pago por transferencia o domiciliación, el régimen es indistinto para el caso de que los pagos sean anteriores o simultáneos al otorgamiento de las escrituras: los comparecientes deberán manifestar los datos correspondientes a los códigos de las cuentas de cargo y abono, quedando constancia en la escritura de dichas manifestaciones. 4) Si los comparecientes se negasen a aportar alguno de los datos o documentos citados anteriormente, el notario hará constar en la escritura esta circunstancia, y advertirá verbalmente a aquellos del cierre registral dispuesto en el apartado 3 del artículo 254 de la Ley Hipotecaria, dejando constancia, asimismo, de dicha advertencia.

Sin embargo, en relación con la calificación registral y el cierre del Registro de la Propiedad, en los términos expresados en el artículo 254.3 de la Ley Hipotecaria, el artículo 177, párrafo quinto, del Reglamento Notarial, según redacción dada por el Real Decreto 1/2010, determina que «(…) se entenderán identificados los medios de pago si constan en la escritura, por soporte documental o manifestación, los elementos esenciales de los mismos. A estos efectos, si el medio de pago fuera cheque será suficiente que conste librador y librado, beneficiario, si es nominativo, fecha e importe; si se tratara de transferencia se entenderá suficientemente identificada, aunque no se aporten los códigos de las cuentas de cargo y abono, siempre que conste el ordenante, beneficiario, fecha, importe, entidad emisora y ordenante y receptora o beneficiaria». Consecuentemente con lo expuesto, no toda omisión de los elementos de identificación de los medios de pago que, según el artículo 177 del Reglamento Notarial deba constar en la escritura pública, produce el cierre registral (cfr. los párrafos cuarto y quinto de dicho precepto reglamentario), y ello sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden que pueden derivar del incumplimiento de la obligación de expresar los restantes elementos identificadores a que se refiere el mismo precepto.

Resolución de 5-3-2020
BOE 2-7-2020
Registro de la Propiedad de Ávila, número 2.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: DOS HIPOTECAS DISTINTAS SOBRE DIFERENTES FINCAS.

Para un correcto análisis de la cuestión suscitada en este recurso, ha de partirse del examen del principio de indivisibilidad de la hipoteca respecto de la obligación garantizada que rige en el derecho hipotecario español, principio que tiene especial repercusión en materias como la posibilidad de cancelación parcial, la subrogación de un nuevo prestatario o, como en el supuesto a que se refiere este expediente, en la ejecución hipotecaria de las distintas fincas gravadas originariamente en una misma escritura. La regla general en nuestro sistema hipotecario es que la simple distribución de la responsabilidad hipotecaria entre varias fincas que exige el artículo 119 de la Ley Hipotecaria, aunque se puede considerar que da lugar a tantas hipotecas como fincas gravadas porque se exige

la determinación de la cantidad o parte de gravamen de que cada una pueda responder, no implica la división del crédito garantizado.

Como se deduce de los artículos 120 y 121 de la Ley Hipotecaria, la limitación meramente cuantitativa de la parte del crédito de que deba responder cada finca que se verifica con la distribución de la responsabilidad hipotecaria solo actúa frente a terceros poseedores, pero queda inoperante entre los contratantes (deudor o hipotecante de deuda ajena) y adquirentes subrogados en la deuda. Así, la regla del artículo 221 del Reglamento Hipotecario, que señala que distribuido el crédito hipotecario entre varias fincas, si alguna de ellas pasa a tercer poseedor, este podrá pagar al acreedor el importe de la responsabilidad especial de la misma, y, en su caso, el de los intereses correspondientes y exigir la cancelación de la hipoteca en cuanto a la finca o fincas liberadas; confirma que la regla general es que cuando el que paga es el deudor, el acreedor no está obligado a aceptar el pago con ese destino específico.

De todo lo hasta ahora expuesto resulta que la regla de la indivisibilidad de la hipoteca en principio solo desaparece si se pacta expresamente por las partes también la división del crédito de tal manera que cada finca garantice solo una porción determinada del crédito (art. 1860 CC), o si se distribuye la responsabilidad hipotecaria entre las distintas fincas que garantizan un único crédito, una de las fincas es adquirida posteriormente por un tercero, en cuyo caso la división del crédito tiene lugar por disposición legal en virtud del cambio de deudor. También cuando los distintos negocios jurídicos celebrados en torno al mismo, normalmente pactos de modificación o novación «ex» artículo 4 de la Ley 2/1994 de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, escindan o dividan el crédito fácticamente al configurar cada parte del capital inicial en obligaciones absolutamente diferentes. En el momento que se alteran las condiciones financieras básicas de toda obligación, especialmente, plazo de vencimiento, sistema de amortización y tipo de interés, como ocurre en el presente supuesto, figurando circunscrita la parte del capital afectada por cada grupo de nuevas condiciones diferenciadas a la responsabilidad de una o varias fincas, debe entenderse que ello implica que la hipoteca se ha dividido y que la responsabilidad hipotecaria de cada una de esas fincas o de cada grupo de ellas garantiza solo esa porción determinada del respectivo crédito.

Si no es posible la acumulación de ejecuciones hipotecarias en pago de distintas deudas cuando la garantía recae sobre diferentes fincas, debe entenderse que tampoco procede la presentación simultánea conjunta de acciones hipotecarias en tales supuestos. En definitiva, como señala el registrador de la propiedad calificante, no es posible unificar en una sola demanda ejecutiva y por una única cantidad global, la reclamación de obligaciones cuyas cláusulas financieras difieren. La certificación de dominio y cargas del artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tiene la limitación de no poder ser expedida más que cuando se trata de la ejecución de la obligación concreta garantizada (con las excepciones antes señaladas) por la hipoteca de cuya ejecución se trate, y produce importantes efectos jurídicos como acreditar la legitimación activa del ejecutante, el dar conocimiento público de la existencia de la ejecución hipotecaria, implicar una notificación personal a los acreedores inscritos o anotados con posterioridad a la hipoteca y antes de su expedición, etc.; lo que provoca que solo pueda ser expedida una vez y excluye la aplicación de la doctrina solicitada.

Resolución de 5-3-2020
BOE 3-7-2020
Registro de la Propiedad de Vélez-Málaga, número 3.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: NECESIDAD DE DOBLE TÍTULO PÚBLICO.

Por la disolución de comunidad se causa en el Registro un asiento de inscripción sobre la totalidad del pleno dominio de la cosa adjudicada. Asumido lo anterior, y a fin de garantizar la objetividad del procedimiento inmatriculador, debe entenderse que lo relevante en estos supuestos es que el título inmatriculable no sea meramente declarativo, que el procedimiento cuente con la concordancia catastral y que de las circunstancias concurrentes no resulte que la documentación se haya creado artificialmente para producir la inmatriculación. Por esta razón se consideró también como título apto a efectos del artículo 205 de la Ley Hipotecaria la aportación a la sociedad de gananciales (cfr. Resolución de 19 de octubre de 2010), demostrando que caben títulos inmatriculadores en los que no se exige que la finca sea totalmente ajena. Ahora bien, para que la disolución sea título inmatriculador debe acompañarse el título público justificativo de la titularidad de los copropietarios que extinguen la comunidad. Además, como señala la doctrina ya estudiada de este Centro Directivo, es preciso que de las circunstancias concurrentes no resulte que la documentación se haya creado artificialmente para producir la inmatriculación.

En el supuesto de hecho que se plantea en este recurso se suscitan dudas de que la documentación puede haberse creado «*ad hoc*» para producir la inmatriculación. Pero es que además y, sobre todo, y en esto tiene razón el registrador, no se ha acreditado un doble título público respecto de la totalidad de las cuotas, sino tan solo respecto de una quinta parte indivisa, pues el resto de las cuotas se dicen adquiridas por cesión gratuita de sus padres hace más de treinta años, sin acompañarse de la necesaria escritura pública de donación (cfr. art. 633 CC).

Resolución de 5-3-2020
BOE 3-7-2020
Registro de la Propiedad de Palencia, número 1.

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL ADQUIRENTE.

En el caso de adquisiciones *mortis causa* ha de partirse de la base de que las mismas no afectan a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, quedando encuadradas en la excepción a la aplicación de aquella exigencia del artículo 51.9 del Reglamento Hipotecario, del mismo modo que el artículo 159 del Reglamento Notarial, que al regular la comparecencia impone que conste el estado civil, tan solo exige la constancia del nombre y apellidos del cónyuge en el supuesto de que el acto o contrato afectare a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal. Caben, ciertamente, supuestos excepcionales en los que por ley o pacto exista entre los cónyuges una comunidad de tipo universal, pero precisamente por ese carácter han de ser objeto del mismo tratamiento, de suerte que es lo excepcional lo que ha de declararse y no la exclusión de lo ordinario.

Resolución de 5-3-2020
BOE 3-7-2020
Registro de la Propiedad de Madrid, número 5.

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: REQUISITOS.

En el caso de edificaciones declaradas por antigüedad en los supuestos previstos en el apartado 4 del artículo 28 de la Ley de Suelo, en otras ocasiones ha señalado la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de 16 de mayo de 2013, 6 de septiembre de 2016 y 7 de junio de 2017) que entre los requisitos exigidos en dicho precepto, ciertamente no se encuentran incluidos los relativos al cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de esta a sus usuarios, que sí se exigen en su apartado primero para la declaración de obra nueva terminada, cuando dicha declaración se realiza bajo el régimen que estatuye dicho específico apartado primero.

En caso de inscribirse la declaración de obra nueva de conformidad con el citado artículo 28.4 de la Ley de Suelo no será exigible el libro del edificio, si bien para ello el interesado debe solicitar proceder de este modo con respeto al principio de rogación que si se cumple en el presente caso al haber solicitado el recurrente expresamente la inscripción en base al régimen previsto en el citado artículo.

En el presente caso no es exigible el certificado de eficiencia energética, ya que se trata de una obra nueva antigua respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes así pues el defecto señalado por la registradora en su nota ha de ser revocado (cfr. Resolución 19 de abril de 2016).

Quedan excluidas de la exigencia de acreditar la contratación de garantías del artículo 19.1.c) de la Ley de Ordenación de la Edificación aquellas personas que declaren una obra que, al tiempo de la declaración, tenga más de diez años de antigüedad desde su terminación, pues dicho plazo, el de diez años, es el de duración de las garantías exigidas por el citado artículo. Y dicho plazo ha de contarse, según resulta de lo previsto en el artículo 17.1 de la Ley 38/1999 y de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de septiembre de 2000, desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas, o desde la subsanación de estas. Por tanto, transcurrido dicho plazo en el momento en el que se declara la obra nueva, no puede exigirse la contratación de garantías cuyo plazo obligatorio de duración ya ha transcurrido. En el caso objeto de análisis no ha transcurrido el plazo de diez años desde la fecha de terminación de la construcción según resulta de los certificados que se incorpora, por tanto resulta exigible la contratación del seguro decenal.

Como ya señalara este Centro Directivo en un supuesto similar en Resolución de 29 de noviembre de 2017, no concurre en este caso esta independencia estructural de las cuatro viviendas, situadas dos de ellas en la planta baja y sótano y la otras dos en la planta séptima del edificio, e integradas en un mismo régimen de propiedad horizontal, del que precisamente son elementos comunes e inseparables el «suelo, vuelo, cimentaciones y cubiertas; elementos estructurales y entre ellos los pilares, vigas, forjados y muros de carga; las fachadas (…)» (cfr. art. 396 CC), lo que imposibilita dicha asimilación. No se

trata de una edificación integrada por una única vivienda unifamiliar, sino de un edificio plurifamiliar integrado por varias 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 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 y procede confirmar el defecto señalado por la registradora.

En general, la preceptiva licencia urbanística será exigible, en su caso, a efectos de inscripción, separadamente, tanto para los actos de parcelación, división o segregación, como para las obras de edificación y su ampliación, reforma o modificación, que así se declaren y pretendan acceder al Registro de la Propiedad. De modo paralelo, cada una de las edificaciones que se declaren y pretendan su acceso a la publicidad registral deberá estar amparada en la preceptiva licencia, máxime cuando puedan llegar a motivar la apertura de folio propio en los libros del Registro. Ello se entiende sin perjuicio de la posibilidad de invocar el régimen particular del artículo 28.4 de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, para la inexigibilidad de licencia a efectos registrales, si se dan sus presupuestos y siempre respecto de cada una de las edificaciones o elementos integrantes de edificaciones de que se trate considerados individualmente.

Resolución de 5-3-2020
BOE 3-7-2020
Registro de la Propiedad de Almuñécar.

HIPOTECA: RESPONSABILIDAD POR INTERESES.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (véase Resoluciones citadas en los «Vistos», así como las citadas por estas) en lo tocante a la configuración de la responsabilidad hipotecaria que garantice los intereses que se puedan devengar por uno u otro concepto y dentro de los límites legales imperativos (arts. 25 de la ley de crédito inmobiliario, arts. 114.2.º y 3.º de la Ley Hipotecaria y 220 del Reglamento Hipotecario), opera la libertad de pacto, la cual puede ejercitarse, bien no garantizando los intereses devengados de un tipo determinado, bien fijando una cobertura en número de años distinta para cada tipo de interés, bien señalando un tipo máximo de cobertura superior a uno respecto del otro, sin que tengan que guardar ninguna proporción ya que estructuralmente nada impide que la garantía de uno u otro tipo de interés sea inferior a los efectivamente devengados, como nada impide la garantía parcial de la obligación principal.

La Ley de crédito inmobiliario ha supuesto un cambio en el entendimiento de que el tipo de interés de demora no está sujeto a negociación, es imperativo, se sustrae al derecho dispositivo. Pero ninguna limitación establece en cuanto a la negociación de la cifra de responsabilidad hipotecaria, por lo que —como se ha dicho— 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 6-3-2020
BOE 6-7-2020
Registro de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife, número 3.

VIVIENDA HABITUAL DE LA FAMILIA: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 91 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.

Es cierto que, según la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, conforme a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. En el presente caso, aun cuando en la nota de calificación aparecen expresadas escuetamente las razones que, a juicio de la registradora, justificarían la negativa a la inscripción, la cuestión planteada en aquella ha podido ser objeto de alegaciones suficientes por el recurrente para su defensa, y por ello procede entrar en el fondo del asunto.

En relación con la petición que realiza el recurrente en el escrito de recurso para que se tome anotación preventiva por defecto subsanable, ha de recordarse que, según la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, el fundamento de esta anotación preventiva radica en la necesidad racional de ampliar el plazo de vigencia del asiento de presentación de un título calificado con defectos subsanables. No procede practicar anotación por defecto subsanable cuando se halla pendiente de resolución un recurso interpuesto contra la calificación, puesto que, dado el régimen específico de prórroga del asiento de presentación derivado de la interposición del recurso, carece de sentido dicha anotación.

Respecto de la cuestión de fondo planteada en este recurso, debe determinarse si, a los efectos de lo establecido en los artículos 1320 del Código civil y 91.1 del Reglamento Hipotecario, en caso concreto analizado es suficiente la expresión por el donante de que la finca descrita «no se destinaba a domicilio habitual» o debe manifestarse expresamente que no tiene carácter de domicilio o vivienda habitual de la familia. El matrimonio implica una comunidad de vida que, como regla general, se traduce en una «comunidad de vivienda». Sin embargo, a veces, por razones profesionales, laborales, médicas, de atención a familiares u otras de naturaleza análoga, esa comunidad de vida no comporta comunidad de vivienda. En tales casos la comunidad de vida se desarrolla sin comunidad material continuada en una misma casa. Cuando comunidad de vida se corresponde con comunidad de vivienda, la ley establece la necesidad de acuerdo sobre dónde fijarla. Es principio rector del matrimonio aquel según el cual los cónyuges deben fijar de común acuerdo el domicilio conyugal (art. 70 CC).

Debe tenerse en cuenta que no todo acto de disposición sobre la vivienda familiar exige el consentimiento del otro cónyuge. Se requiere que el acto de disposición afecte a la vivienda habitual. Con este adjetivo, la Ley realiza una fundamental exclusión en la que conviene reparar. El adjetivo «habitual» y el adverbio «habitualmente» aparecen en distintos preceptos del Código civil (así, arts. 9, 10, 24, 40, 1320, 1321, 1406 y 1955) y del Código de Comercio (arts. 1, 3 y 4). «Habitual» no equivale a «permanente» pero denota un alto grado de

continuación temporal. En este sentido, se ha defendido que la solución más conveniente sería considerar como vivienda familiar el objeto del domicilio conyugal, entendiendo como tal el centro de las relaciones familiares y sociales del matrimonio, con especial atención al lugar donde residen habitualmente los hijos menores, si los hay.

Habida cuenta de que puede no coincidir domicilio habitual del disponente con el domicilio o vivienda habitual de la familia (cfr. Resolución de 9 de octubre de 2018), debe atenderse a la finalidad de tales normas protectoras de la vivienda habitual familiar, de modo que el cumplimiento de las mismas quede asegurado inequívocamente. La precisión técnica que debe siempre exigirse a todo documento notarial (cfr. art. 148 del Reglamento Notarial), habida cuenta de sus efectos, y especialmente la trascendencia que la ley atribuye hoy a la manifestación sobre el carácter de vivienda habitual de la familia en los actos dispositivos sobre la misma, debe exigirse mayor rigor en su constancia en el instrumento público. Por ello, con expresiones genéricas, imprecisas o ambiguas como la ahora cuestionada no puede entenderse que en la escritura se hayan cumplido adecuadamente con las exigencias legales y reglamentarias referidas.

Resolución de 6-3-2020
BOE 6-7-2020
Registro de la Propiedad de Alicante, número 4.

HERENCIA: PARTICIÓN DE HERENCIA DE CAUSANTES DE NACIONALIDAD FRANCESA.

El primer defecto se refiere a la prueba del hecho según el cual, con arreglo al Derecho francés, en una escritura de partición de herencia, si el notario no hace declaración específica de la capacidad de los intervinientes, no queda privado el documento por él autorizado de su condición de escritura pública. El defecto debe ser apreciado. Con independencia de la fecha del fallecimiento del causante, ya sea antes o después de la aplicación del Reglamento (UE) núm. 650/2012, deberá ser observada la equivalencia formal y material entre el documento notarial otorgado fuera de España y el otorgado por notario español. En efecto, claramente indica el artículo 60 de la Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional en materia civil, que la equivalencia tiene lugar solo si se cumplen los requisitos establecidos en la legislación específica aplicable y siempre que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen. La subsanación, aun referida a los aspectos instrumentales del documento extranjero y no en este caso a la ley aplicable, que no se discute en la calificación, puede hacerse como señala el registrador mediante informe de notario o cónsul español, o de diplomático, cónsul o funcionario extranjero competente; teniendo en cuenta que este no puede limitarse a una mera reproducción de los textos legales afectantes al asunto, sino que el informante ha de hacer una interpretación del sentido y alcance de dichos textos legales, en relación con la cuestión concreta que se trata de acreditar.

Un segundo defecto, es la falta de aportación del acta notarial de 18 de agosto de 2014, de protocolización del testamento ológrafo del causante de la herencia. No se discute la validez de tal disposición «*mortis causa*» en cuanto

es una modalidad conocida en ambos Estados. Sin embargo, constituyendo en España la adveración y protocolización del testamento ológrafo un expediente desjudicializado ligado a los actos de jurisdicción voluntaria —la competencia es exclusivamente notarial—, es de aplicación la disposición adicional tercera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, relativa a la inscripción en los Registros públicos de documentos públicos extranjeros. Careciendo la Ley 15/2015 de una disposición transitoria específica en relación a los documentos extranjeros, se estará a lo prevenido en la disposición transitoria única de la Ley 29/2015, de 30 de junio, que habrá de entenderse aplicable en relación a la presentación de documentos en los registros.

Tampoco ha sido acreditado documentalmente el fallecimiento del causante. Obviamente es el primer requisito para la inscripción de la adjudicación hereditaria. Para ello se puede recurrir alternativamente a la expedición de certificación por funcionario habilitado apostillada y traducida; al sistema previsto en el Convenio de Viena (Instrumento de ratificación de 30 de enero de 1980, del Convenio número 16 de la Comisión Internacional del Estado Civil sobre expedición de certificaciones plurilingües de las actas del Registro Civil, hecho en Viena el 8 de septiembre de 1976) del que son parte España y Francia, o bien si la certificación es expedida con posterioridad al 16 de febrero de 2019, al Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1024/2012, acompañando impreso estándar multilingüe (art. 8). Siendo necesario en todo caso la presentación del certificado emitido por el Ministerio de Justica español (art. 76 del Reglamento Hipotecario).

Impide la inscripción, asimismo, el defecto observado según el cual no se ha aportado escritura de poder de doña S. P. a doña F. M. S. E. K. Se hace alusión en el titulo calificado a un documento de apoderamiento en que se funda la representación. De su transcripción resulta que se trata de un documento privado.

Finalmente se señala un doble defecto de carácter fiscal relativo a la ausencia de presentación de los documentos acreditativos del Número de Identidad de Extranjero (o D.N.I. —N.I.F. vigente— si fuera español) del adquirente de los bienes en España y de la legitimaria, heredera legal, que no adquiere bien alguno en nuestro país. Siendo indudable la necesidad de su aportación.

Resolución de 6-3-2020
BOE 6-7-2020
Registro de la Propiedad de San Miguel de Abona.

TÍTULO INSCRIBIBLE: ESCRITURA DE ELEVACIÓN A PÚBLICO DE CONTRATO PRIVADO.

Las escrituras de elevación a público de documentos privados, en tanto en cuanto tiene un contenido no solo confesorio sino también volitivo, al consignar el negocio documentado en su integridad y expresar el consentimiento contractual de quienes aparecen con la plenitud del poder dispositivo sobre la finca afectada y con capacidad para realizar el acto traslativo cuestionado, de modo que queda garantizada la autenticidad de dicho consentimiento, con las consecuencias derivadas de la fe pública de que goza el documento público notarial [cfr. arts. 1218 CC, 1 y 17.bis, apartado a), de la Ley del Notariado y 1 y 145 del Reglamento Notarial],

ha de producir los efectos de toda escritura pública y, en concreto, ha de reputarse título inscribible (arts. 2.1.º y 2.2.º de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento).

En el supuesto de hecho de este expediente, el documento privado expresamente contemplaba la posibilidad de que en el momento de elevación a público se determinara la superficie real de las fincas transmitidas y en consecuencia el precio efectivo de la compraventa. Esto se produjo en sede judicial, llegando a una transacción homologada judicialmente por sentencia, en la que se fija la superficie de las fincas transmitidas y el precio correspondiente, que se testimonia en el propio título presentado a inscripción. Por lo que la escritura de elevación a público, en la función no solo reconogscitiva del negocio anterior sino también complementadora del mismo que está llamada a cumplir, y en desarrollo de lo pactado por las partes en el mismo documento privado que ahora se formaliza notarialmente, correctamente ha determinado el precio definitivo en función de las superficies de cada finca vendida fijadas judicialmente.

Se ha de recordar la doctrina reiterada por este Centro Directivo según la cual en juicio declarativo ordinario es posible la inmatriculación de fincas y excesos de superficie, así como la reanudación del tracto sin necesidad de acudir a los procedimientos de inmatriculación específicos previstos en la Ley Hipotecaria (véase Resolución de 28 de noviembre de 2018) y por tanto, debe confirmarse la posibilidad de practicar excesos y modificaciones de superficie en virtud de una sentencia dictada en un procedimiento ordinario declarativo. A la vista del artículo 204 de la Ley Hipotecario, debe revocarse también el defecto consignado por el registrador en la nota impugnada, dado que la sentencia que se incorpora a la escritura de elevación a público es vía suficiente para practicar la inscripción, sin que de la nota de calificación resulten los defectos concretos que pudieran impedirlo.

Resolución de 6-3-2020
BOE 6-7-2020
Registro de la Propiedad de Arendo.

CONDICIÓN RESOLUTORIA: REQUISITOS PARA LA REINSCRIPCIÓN A FAVOR DEL VENDEDOR.

La reinscripción en favor del vendedor, cuando es consecuencia del juego de la condición resolutoria expresa pactada conforme al artículo 1504 del Código civil, está sujeta a rigurosos controles que salvaguardan la posición jurídica de las partes, los cuales se pueden sintetizar de la siguiente forma: primero, debe aportarse el título del vendedor (cfr. art. 59 del Reglamento Hipotecario), es decir, el título de la transmisión del que resulte que el transmitente retiene el derecho de reintegración sujeto a la condición resolutoria estipulada; segundo, la notificación judicial o notarial hecha al adquirente por el transmitente de quedar resuelta la transmisión, siempre que no resulte que el adquirente requerido se oponga a la resolución invocando que falta algún presupuesto de la misma. Formulada oposición por el adquirente, deberá el transmitente acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución, esto es, la existencia de un incumplimiento grave (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1993), que frustre el fin del contrato por la conducta del adquirente, sin hallarse causa razonable que justifique esa conducta (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1991, 14 de febrero y 30 de marzo de 1992, 22 de marzo de 1993 y 20 de febrero y 16 de marzo de 1995), y, tercero, el documento que acredite haberse consignado

en un establecimiento bancario o caja oficial el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución (art. 175.6.ª del Reglamento Hipotecario).

La reinscripción en el Registro de la propiedad a favor del vendedor exige por tanto consignación de las cantidades por aquel percibidas, consecuencia de los efectos «*ex tunc*» que en relación a la restitución de prestaciones determina el artículo 1123 del Código civil y no solo es exigible en caso de existencia de titulares de cargas posteriores.

Resolución de 6-3-2020
BOE 6-7-2020
Registro de la Propiedad de Baza.

SENTENCIA DE SEPARACIÓN O DIVORCIO: INSCRIBIBILIDAD. SENTENCIAS JUDICIALES: REQUISITOS FORMALES. ASIENTO DE PRESENTACIÓN: FACULTADES REPRESENTATITVAS DEL PRESENTANTE.

Como resulta de la propia sentencia, los cónyuges acuerdan que disuelta tal sociedad de gananciales no se procede a la liquidación de la misma, dando lugar a una comunidad postganancial. Según se desprende de la uniforme doctrina jurisprudencial y de la Dirección General de los Registros y del Notariado disuelta la sociedad de gananciales y aun no liquidada surge una comunidad «posmatrimonial» o «postganancial». Efectivamente, la simple disolución de la sociedad de gananciales sin liquidación, no implicación mutación jurídico real alguna susceptible de inscripción registral conforme a lo dispuesto en los artículos 1.2 y 2 de la Ley Hipotecaria. Resulta evidente que, si la admisión de la demanda produce efectos susceptibles de su constancia en el Registro de la Propiedad, con mayor razón es susceptible de constancia registral la sentencia que declare la separación o divorcio, constancia que deberá realizarse mediante asiento de inscripción, por tratarse de sentencia firme.

Las sentencias una vez extendidas y firmadas por quienes las hubieran dictado, serán publicadas y depositadas en la oficina judicial, ordenándose por el letrado de la Administración de Justicia su notificación y archivo conforme a lo dispuesto en el artículo 212, llevando, bajo la custodia del mismo, un libro de sentencias, en el que se incluirán firmadas todas las definitivas, autos de igual carácter, así como los votos particulares que se hubieren formulado, que serán ordenados correlativamente según su fecha (art. 213 Ley de Enjuiciamiento Civil). Por tanto, no se trata el número de sentencia de uno de los contenidos previstos en el referido artículo 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo considerarse el testimonio de la Sentencia expedido por el letrado de la Administración de Justicia inscribible.

La Dirección General de los Registros y del Notariado se pronunció, de manera uniforme, sobre la calificación por parte del registrador respecto de las facultades representativas del presentante de un documento para cumplir el principio de rogación dando inicio al procedimiento registral, y para interposición de un recurso gubernativo. En este sentido concluyó que si del mero presentante de un documento se presume su representación (arts. 6 de la Ley Hipotecaria y 39 de su Reglamento), dicha presunción se limita al trámite de la presentación y actos conexos, sin extenderse a la legitimación para recurrir. (Resoluciones de 21 de julio y 18 de noviembre de 2003, 14 y 18 de enero de 2005 y 31 de julio de 2014).

Resolución de 6-3-2020
BOE 6-7-2020
Registro de la Propiedad de Vilanova i la Geltrú.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Según resulta de reiterada doctrina de esta Dirección General, que resulta de las resoluciones citadas en los anteriores «Vistos», constituye una exigencia de nuestra legislación (cfr. arts. 20, 40 y 79 de la Ley Hipotecaria) que la modificación de los asientos del Registro cuente con la conformidad de sus titulares, formalizado en uno de aquellos documentos que el artículo 3 de la Ley Hipotecaria específica, a menos que haya recaído una sentencia judicial firme dictada en un procedimiento en el que aquellos hayan sido debidamente emplazados.

Asimismo, cabe señalar que por aplicación de estos preceptos y del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, para instar la inscripción de la representación gráfica de un solar (finca matriz) en el que se ubique un edificio dividido horizontalmente, es preciso el acuerdo de la junta de propietarios adoptado por mayoría: y sin que, por otra parte, proceda, como ha reiterado este Centro Directivo, la georreferenciación de los elementos independientes de un edificio en régimen de propiedad horizontal.

Resolución de 11-3-2020
BOE 6-7-2020
Registro de la Propiedad de Peñafiel.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

En el caso que nos ocupa, el plazo para la interposición del recurso vencía el día 15 de diciembre de 2019, domingo, por tanto inhábil, siendo prorrogado el plazo al día hábil siguiente, quedando como último día para la interposición del recurso el día 16 de diciembre de 2019, en el que tuvo entrada en el Registro de la Propiedad de Colmenar Viejo número 1. Por tanto, el recurso fue interpuesto en plazo.

El artículo 199 de la Ley Hipotecaria, al regular el expediente registral para la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca y su coordinación con el Catastro, dispone que «a la vista de las alegaciones efectuadas, el Registrador decidirá motivadamente según su prudente criterio, sin que la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes determine necesariamente la denegación de la inscripción». No obstante, como ha reiterado este Centro Directivo, la dicción de esta norma no puede entenderse en el sentido de que no sean tenidas en cuenta tales alegaciones para formar el juicio del registrador. 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.

Toda vez que existen dudas que impiden la inscripción de la representación gráfica, podrá acudirse al expediente de deslinde regulado en el artículo 200 de la Ley Hipotecaria (tal y como prevé para estos casos el propio art. 199), sin

perjuicio de poder acudir al juicio declarativo correspondiente (cfr. art. 198 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 11-3-2020
BOE 6-7-2020
Registro de la Propiedad de Arona.

EXPEDIENTE DE DOMINIO JUDICIAL PARA RECTIFICACIÓN DE CABIDA: REQUISITOS.

En el presente caso concurren dos circunstancias relevantes: en primer lugar, se trata de exceso de cabida justificado a través de un expediente de dominio tramitado judicialmente por lo que la calificación deberá ajustarse al ámbito fijado en el artículo 100 de la Ley Hipotecaria; y, en segundo lugar, dicho exceso excede de la quinta parte de la cabida inscrita.

Es doctrina reiterada en interpretación de la legislación aplicable a este supuesto, y por tanto anterior a la Ley 13/2015, que las dudas del registrador sobre la identidad de la finca solo pueden impedir la inmatriculación o la inscripción del exceso cuando se documenta en escritura pública o por certificación administrativa —cfr. artículos 208, 300 y 306 del Reglamento Hipotecario—, pero no, en vía de principios, en los supuestos de expediente de dominio.

Es por todo ello que esta Dirección General ha considerado que las dudas de identidad deben ser expuestas por el registrador al tiempo de expedir la certificación al comienzo del procedimiento. En el marco del antiguo expediente de dominio el registrador solo emitía su juicio sobre la identidad de la finca al expedir la certificación a que se refería la regla segunda del artículo 201 de la Ley Hipotecaria, certificación que constituía un requisito procedimental de estos expedientes, correspondiendo al juez la valoración final de su contenido. Si estas dudas no se han expresado por el registrador al expedir la certificación, no puede pretender plantearlas al presentarse a inscripción el auto judicial aprobatorio del expediente de dominio.

Procede ahora abordar la segunda circunstancia antes apuntada, en concreto la cuestión de si para inscribir un exceso de cabida declarado en expediente de dominio y, como es el caso, superior en más de un 20% a la cabida inscrita, se exige acompañar certificación catastral descriptiva y gráfica en términos totalmente coincidentes con la descripción de la finca en el auto por el que se resuelve el expediente de dominio. Esta cuestión ha sido reiteradamente abordada y resuelta por este Centro Directivo en sentido de que en los expedientes de dominio para la inscripción de excesos de cabida que superen la quinta parte es preciso aportar la certificación catastral coincidente.

En definitiva, en el presente caso, en el que el procedimiento para la rectificación descriptiva de la finca se ha tramitado conforme a la legislación anterior, pero se ha presentado bajo la vigencia de la nueva redacción legal, el defecto podrá subsanarse, bien procediendo a efectuar la correspondiente alteración catastral en términos coincidentes con la descripción que resulta del título o bien mediante la aportación de una representación gráfica georreferenciada alternativa de la finca, para cuya inscripción deberá cumplirse con lo previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, tal y como señala la registradora en su calificación.

Resolución de 11-3-2020
BOE 6-7-2020
Registro de la Propiedad de Cartagena, número 3.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

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 (Resoluciones de 8 de octubre de 2005, 2 de febrero de 2010, 13 de julio de 2011, 2 de diciembre de 2013, 3 de julio de 2014, 19 de febrero de 2015, 29 de septiembre de 2017 y 5 de diciembre de 2018, entre otras). En el presente caso, la registradora, en su nota de calificación, transcrita más arriba, expresa los motivos por los que tiene indicios fundados de que la finca que se pretende inmatricular coincide con otra previamente inmatriculada.

Téngase en cuenta que la apreciación de dudas de que la finca que se pretenda inmatricular coincida con otra no tiene por qué referirse a la totalidad de la finca sino que debe evitarse la coincidencia incluso parcial con otras fincas inscritas. De lo expuesto, y en los términos que se expresa la nota de calificación, este Centro Directivo no puede sino concluir que las dudas de la registradora están suficientemente fundadas y que, por tanto, el defecto ha de ser confirmado.

Pero lo que ya no cabe, en modo alguno, es la aplicación de lo dispuesto en los artículos 300 y 306 del Reglamento Hipotecario, pues, como ya señaló la citada Resolución de 17 de noviembre de 2015, «deben entenderse tácitamente derogados todos los artículos del título VI del Reglamento Hipotecario, los cuales fueron dictados en ejecución del anterior título VI de la Ley Hipotecaria, pues la nueva redacción legal es en sí misma suficientemente detallada, y basada en principios inspiradores totalmente diferentes de los que dieron cobertura en su día a los artículos reglamentarios que, ahora, por ello, han de entenderse íntegramente derogados a partir del 1 de noviembre de 2015».

Resolución de 11-3-2020
BOE 6-7-2020
Registro de la Propiedad de Manilva

OPCIÓN DE COMPRA: CANCELACIÓN DE CARGAS POSTERIORES CUANDO SE EJERCITA.

Cuando este derecho de adquisición preferente se ejercita debidamente y su titular se convierte en propietario de la finca objeto del mismo, lo que procede, es la cancelación de los derechos que se resuelven tal como exige el artículo 79.2.º de la Ley Hipotecaria, de modo que la cancelación de tales cargas es solo una inevitable consecuencia de su extinción. Ahora bien, para ello es necesario, como regla general, el depósito del precio pendiente de pagar a disposición de los titulares de las cargas posteriores (cfr. art. 175.6.ª Reglamento Hipotecario).

En el mismo sentido, al afectar el ejercicio del derecho de opción de forma tan directa a los titulares de derechos posteriores inscritos en la medida en que

deben sufrir la cancelación del asiento sin su concurso, se requiere —como indicó la mencionada Resolución— que puedan al menos contar con el depósito a su disposición del precio del inmueble para la satisfacción de sus respectivos créditos o derechos, subrogándose dicho precio de la venta en el lugar de la finca como objeto de los créditos anotados o hipotecarios.

Puede efectuarse la deducción del importe de la prima de la opción, es decir, de aquella cantidad que se ha abonado al concederla, o del importe de cargas anteriores a la propia opción que sean asumidas o satisfechas por el optante. Igualmente, no procede exigir tal consignación cuando el optante retiene la totalidad del precio pactado para hacer frente al pago del préstamo garantizado con la hipoteca que grava la finca y que es de rango preferente al derecho de opción ejercitado o cuando se haya pactado el pago por compensación siempre que no encubra una opción en garantía. Pero en todos estos casos es fundamental que todas estas circunstancias consten pactadas en la escritura de opción y que consten debidamente inscritas.

Resolución de 12-3-2020
BOE 6-7-2020
Registro de la Propiedad de Alcalá de Guadaíra, número 2.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: REQUISITO DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN A FAVOR DEL TRANSMITENTE. DERECHO DE VUELO: REQUISITOS.

Como ha afirmado con reiteración la Dirección General de Registros y del Notariado (*vid.*, por todas, la Resolución de 10 de abril de 2017) es principio básico de nuestro Derecho hipotecario, íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria, el de tracto sucesivo, en virtud del cual, para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (art. 20 de la Ley Hipotecaria). En consecuencia, estando las fincas transmitidas, inscritas en el Registro de la Propiedad y bajo la salvaguardia de los tribunales a favor de una persona distinta, no podrá accederse a la inscripción del título calificado sin consentimiento del titular registral, que resulte de los correspondientes títulos traslativos con causa adecuada (cfr. arts. 2 y 17 de la Ley Hipotecaria). En consecuencia, estando inscrito el dominio a nombre de persona distinta del transmitente, no cabe acceder a la inscripción mientras no se presenten los títulos oportunos que acrediten las distintas transmisiones efectuadas, o se acuda a alguno de los medios que permite la Ley Hipotecaria para reanudar el tracto sucesivo interrumpido (cfr. art. 208).

Determinado esto, además, se señala en la calificación, que es necesario cumplir los requisitos legales para la constitución del derecho de vuelo objeto de transmisión. Efectivamente, para desafectar y disponer del derecho de vuelo, es necesario acreditar el consentimiento de la comunidad de propietarios actuales, adoptado por unanimidad.

Resolución de 12-3-2020
BOE 6-7-2020
Registro de Quintanar de la Orden.

VÍAS PECUARIAS: NO PUEDE PRACTICARSE NOTA MARGINAL INDICATIVA DE QUE LA FINCA ESTÁ PENDIENTE DE DESLINDE.

En primer lugar conviene traer a colación la doctrina reiterada de este Centro Directivo, en el sentido de que el registrador, al ejercer su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, habida cuenta del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos.

En cuanto a la cuestión de fondo, la publicidad del procedimiento de deslinde se contempla en el artículo 8, apartado 5, de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias que dispone que «cuando los interesados en un expediente de deslinde aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad sobre terrenos que pudieran resultar incluidos en el dominio público, el órgano que tramite dicho expediente lo pondrá en conocimiento del Registrador a fin de que por este se practique la anotación marginal preventiva de esa circunstancia». Con independencia de la imprecisión del texto legal sobre el asiento legal («anotación marginal preventiva»), lo que resulta indudable es que la publicidad registral mediante un asiento en la finca solo se contempla una vez iniciado el procedimiento de deslinde y con intervención de los interesados. En ningún caso puede admitirse la práctica de asientos sobre las fincas sin que el titular haya sido parte en el procedimiento.

Por otra parte, la nota marginal previa al inicio del expediente de deslinde no está prevista en la normativa reguladora de las vías pecuarias, ni tampoco se prevé en la normativa general de las Administraciones públicas. Así, en el procedimiento de deslinde previsto en la Ley 33/2003 de 3 de noviembre (cfr. art. 52), se contempla la publicidad registral una vez iniciado dicho procedimiento. Ahora bien, el artículo 9, letra a), de la Ley Hipotecaria dispone que «cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera». En esta previsión legal podría tener encaje la nota marginal cuya solicitud motiva este recurso. Sin embargo, en el concreto supuesto analizado en este expediente, el contenido de la solicitud de la Administración y de la nota pretendida adolece una falta de determinación total.

Debe recordarse, como se indicó en la Resolución de esta Dirección General de 19 de julio de 2018, que la falta de deslinde de la vía pecuaria con el procedimiento y garantías previstas en la Ley, impide que puedan aplicarse a los titulares de fincas colindantes las consecuencias propias de este deslinde. No obstante lo anterior, la protección registral que la Ley otorga al dominio público no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito, incluso al no deslindado formalmente (pues el deslinde tiene un valor declarativo y no constitutivo: *vid.* Resolución de 23 de enero de 2014, fundamento jurídico 7), pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

Por tanto, procede confirmar la calificación de la registradora en el sentido de que no puede hacerse constar en el Registro que una finca está pendiente de

deslinde, sin haberse incoado el oportuno expediente de deslinde con intervención del titular registral.

Resolución de 12-3-2020
BOE 6-7-2020
Registro de la Propiedad de Illescas, número 1.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 671 LEC.

En un procedimiento de ejecución hipotecaria, no habiendo comparecido ningún postor a la subasta, y al no tratarse de vivienda habitual del deudor, se adjudica el inmueble al ejecutante por la cantidad debida por todos los conceptos —6.121,97 euros—, figurando en la inscripción registral como valor de subasta de la finca el de 29.097 euros. Ello supone que la adjudicación se verifica por un importe del 21,0398% del valor de tasación.

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 de la Ley Hipotecaria), 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 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.

Resolución de 12-3-2020
BOE 6-7-2020
Registro de la Propiedad de Nules, número 3.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 671 LEC.

Toda la doctrina elaborada a través de los preceptos de la Ley y del Reglamento Hipotecarios y de las resoluciones de este Centro Directivo relativa a la rectificación del Registro parte del principio esencial que afirma que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (art. 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria).

Uno de los supuestos de inexactitud registral puede venir motivado por la existencia de errores materiales o de concepto en la redacción del asiento. El artículo 40 de la Ley Hipotecaria en su apartado c) señala que en este caso el Registro se rectificará en la forma determinada en el título VII. En el presente expediente, la primera cuestión que se plantea es determinar si estamos ante un error material o de concepto. No es fácil en la práctica establecer esta distinción. De los artículos 212 y 216 de la Ley Hipotecaria debe entenderse que hay error de concepto cuando «(…) alguno de los contenidos en el título se altere o varíe su verdadero sentido» (cfr. art. 216) por lo que se cambia el sentido general de la inscripción o asiento de que se trate o el de sus conceptos (cfr. art. 212). En cualquier caso, el artículo 40 párrafo último de la Ley Hipotecaria determina,

y esto se extiende también a la rectificación de errores, sean materiales o de concepto, que en ningún caso la rectificación del Registro perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto. Por lo que por esta vía se llega a la conclusión de la necesidad de que el acreedor hipotecario consienta en la rectificación o se dilucide en vía judicial en procedimiento dirigido contra él.

Resolución de 20-3-2020
BOE 14-7-2020
Registro de la Propiedad de Gijón, número 2.

CAUSA DEL ACTO INSCRIBIBLE: EN DACIÓN PAGO DE DEUDA RECONOCIDA.

Es necesaria la expresión de causa en los títulos inscribibles, dado que en nuestro Derecho la causa es determinante no solo de la validez del negocio jurídico, sino también de sus efectos, y debe inexcusablemente constar en el título para posteriormente reflejarse en la inscripción, por lo que no juega la presunción que establece el artículo 1277 del Código civil, ya que aunque se presumiese su existencia, así como su licitud, del Registro no resultarían los efectos del negocio para determinar de qué forma estaría protegido el titular registral.

En el supuesto de este expediente, hay una causa expresada en la escritura, que es la de la transmisión de un inmueble en pago de la deuda derivada del reconocimiento de dividendos a favor del adquirente por decisión del socio único, de modo que están claras las prestaciones, su intercambio y las compensaciones de cada uno de los intervinientes, y su calificación por las partes, lo que hace oneroso el negocio y verdadera y lícita su causa. Así, resulta inequívocamente identificada la causa en el título conforme al artículo 1274 del Código civil.

Resolución de 20-3-2020
BOE 14-7-2020
Registro de la Propiedad de Tremp.

DEFECTOS SUBSANABLES E INSUBSANABLES: FALTA DE TRACTO SUCESIVO.

La resolución de la DGRN de 20 de enero de 2010, por la que se desestima el recurso y confirma la citada calificación registral, proclama, en esencia, que «en el presente expediente, el titular registral de la finca no ha sido parte en el procedimiento de ejecución ni consta que haya tenido la posibilidad de intervenir» y que «el principio de tracto sucesivo y la prohibición de indefensión mencionados exigen la intervención del titular registral de la finca en la ejecución». Por tanto, si fuera el caso de que el titular registral de la finca hubiera sido parte en el procedimiento y solo faltara acreditar tal extremo, el defecto sería subsanable. Pero constando, como se ha dicho, que el titular registral de la finca «no ha sido parte en el procedimiento de ejecución ni consta que haya tenido la posibilidad de intervenir» el defecto ha de ser considerado insubsanable, en el sentido registral del término.

Por tanto, en este caso, confirmado que el defecto era insubsanable, no cabe pedir ni obtener la anotación preventiva contemplada en el apartado noveno del

artículo 42 de la Ley Hipotecaria, pues tal anotación solo está prevista que la solicite «el que presentare en el Registro algún título cuya inscripción no pueda hacerse por algún defecto subsanable».

Resolución de 20-3-2020
BOE 9-7-2020
Registro de la Propiedad de Santiago de Compostela, número 1.

CONTROL DE LOS MEDIOS DE PAGO: CALIFICACIÓN REGISTRAL.

El régimen de la obligación de identificación de los medios de pago se puede sistematizar en los siguientes términos: 1) Se han de expresar por los comparecientes los importes satisfechos en metálico, quedando constancia en la escritura de dichas manifestaciones. 2) Pagos realizados por medio de cheques u otros instrumentos cambiarios: además de la obligación del notario de incorporar testimonio de los cheques y demás instrumentos de giro que se entreguen en el momento del otorgamiento, se establece que, en caso de pago anterior a dicho momento, los comparecientes deberán manifestar los datos a que se refiere el artículo 24 de la Ley del Notariado, correspondientes a los cheques y demás instrumentos de giro que hubieran sido entregados antes de ese momento. Pero a los datos del artículo 24 de la Ley del Notariado se añaden otros nuevos: la numeración y el código de la cuenta de cargo de los instrumentos de giro empleados. Por otra parte, cuando se trate de cheques bancarios o títulos librados por una entidad de crédito, ya sean entregados con anterioridad o en el momento del otorgamiento de la escritura, el compareciente que efectúe el pago deberá manifestar el código de la cuenta con cargo a la cual se aportaron los fondos para el libramiento o, en su caso, la circunstancia de que se libraron contra la entrega del importe en metálico. De todas estas manifestaciones quedará constancia en la escritura. 3) En caso de pago por transferencia o domiciliación, el régimen es indistinto para el caso de que los pagos sean anteriores o simultáneos al otorgamiento de las escrituras: los comparecientes deberán manifestar los datos correspondientes a los códigos de las cuentas de cargo y abono, quedando constancia en la escritura de dichas manifestaciones. 4) Si los comparecientes se negasen a aportar alguno de los datos o documentos citados anteriormente, el notario hará constar en la escritura esta circunstancia, y advertirá verbalmente a aquellos del cierre registral dispuesto en el apartado 3 del artículo 254 de la Ley Hipotecaria, dejando constancia, asimismo, de dicha advertencia.

Sin embargo, en relación con la calificación registral y el cierre del Registro de la Propiedad, en los términos expresados en el artículo 254.3 de la Ley Hipotecaria, el artículo 177, párrafo quinto, del Reglamento Notarial, según redacción dada por el Real Decreto 1/2010, determina que «(…) se entenderán identificados los medios de pago si constan en la escritura, por soporte documental o manifestación, los elementos esenciales de los mismos. A estos efectos, si el medio de pago fuera cheque será suficiente que conste librador y librado, beneficiario, si es nominativo, fecha e importe; si se tratara de transferencia se entenderá suficientemente identificada, aunque no se aporten los códigos de las cuentas de cargo y abono, siempre que conste el ordenante, beneficiario, fecha, importe, entidad emisora y ordenante y receptora o beneficiaria». Consecuentemente con lo expuesto, no toda omisión de los elementos de identificación de los medios de pago que, según el artículo 177 del Reglamento Notarial deba

constar en la escritura pública, produce el cierre registral (cfr. los párrafos cuarto y quinto de dicho precepto reglamentario), y ello sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden que pueden derivar del incumplimiento de la obligación de expresar los restantes elementos identificadores a que se refiere el mismo precepto.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, en su resolución de 2 de septiembre de 2016 señaló que en el presente expediente la expresión de la causa es genérica, al decirse únicamente «…como consecuencia de relaciones mercantiles, reconoce adeudar…». Ante esta manifestación el registrador considera que la causa del reconocimiento de deuda es consecuencia de una entrega de dinero y por tanto exige la acreditación de los medios de pago. Por su parte, tanto el recurrente como el notario autorizante señalan que dicho reconocimiento no procede de una operación financiera, sino de un contrato de ejecución de obra en el que una empresa constructora ha realizado un trabajo que se encuentra pendiente de pago. Pero estas manifestaciones, como señala acertadamente el registrador, no resultan de la escritura, sino del escrito de recurso, por lo que no pueden ser tenidas en cuenta en la presente resolución (cfr. art. 326 de la Ley Hipotecaria). Por tanto, en base a lo expuesto es necesario que las partes interesadas procedan a rectificar la escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca aclarando la causa de dicho reconocimiento para que esta sea determinada y lícita.

Resolución de 20-3-2020
BOE 9-7-2020
Registro de la Propiedad de Tudela, número 1.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: MOTIVACIÓN. INSCRIPCIÓN PARCIAL: REQUISITOS.

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. Y debe recordarse que también es doctrina reiterada de esta Dirección General (*vid.*, entre otras muchas, las Resoluciones de 17 de septiembre y 15 y 19 de octubre de 2004, 20 de abril y 23 de mayo de 2005, 20 de enero de 2006, 31 de enero de 2007, 11 de febrero de 2008, 13 de diciembre de 2010, 7 de julio de 2011, 16 de septiembre de 2014 y 12 de diciembre de 2017) que 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 de la Ley Hipotecaria) sin que, por consiguiente, hayan de ser tenidas en cuenta las que pueda introducir en su informe.

En el presente caso, la nota de calificación no expresa las razones concretas por las que se deniega la inmatriculación, limitándose a señalar que tras «consultar los libros del Registro y realizar las buscas oportunas» resulta que la finca forma parte de la inscrita con el número 3.937 de Villafranca. La registradora interina, en su informe en defensa de la calificación, sí explica detalladamente cuáles son las dudas que han llevado a considerar que es la misma finca. Sin

embargo, esas razones, al no ser conocidas por la otra parte hasta la resolución de este recurso, no han podido servir para eliminar los posibles riesgos de indefensión del recurrente.

Por último, en cuanto a la posibilidad de inscripción parcial, es cierto que los artículos 19 bis de la Ley Hipotecaria y 434 de su Reglamento contemplan, en caso de calificación negativa que afecte a ciertas cláusulas de un documento, la posibilidad de practicar la inscripción parcial del mismo en virtud de solicitud del interesado. En esta misma línea, y acorde con el principio registral de rogación, es reiterada la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en el sentido de que el registrador ha de atenerse a lo querido por las partes en el documento presentado, sin poder actuar de oficio ni practicar asientos distintos de los solicitados. La exigencia de petición expresa de las partes como requisito para practicar la inscripción parcial (cfr. art. 19 bis de la Ley Hipotecaria) tiene como presupuesto que el pacto, estipulación o hecho rechazado afecten a la esencialidad del contrato (Resolución de 13 de marzo de 2014), por lo que, dado que la presentación de un documento en el Registro implica la petición de práctica de todos los asientos que en su virtud puedan practicarse (Resoluciones de 19 de junio de 2007 y, entre otras), no es necesaria dicha solicitud expresa cuando el defecto afecte solo a alguna de las fincas (o a parte de la finca, o de su descripción) o derechos independientes objeto del negocio jurídico y no exista perjuicio para nadie. En el caso de este expediente, no procede la inscripción parcial del título, porque las operaciones que recoge solo podrían dar lugar a un único asiento registral, es decir, a la inscripción del dominio a favor de doña M. S. U. S. como consecuencia de la disolución de la comunidad existente sobre la finca, que, sin embargo, no puede practicarse por las razones antes expuestas.

Resolución de 20-3-2020
BOE 9-7-2020
Registro de la Propiedad de Torrente, número 2.

HIPOTECA: SOBRE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA.

Dispone el artículo 273.1 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público que «Las concesiones de obras con los bienes y derechos que lleven incorporados serán hipotecables conforme a lo dispuesto en la legislación hipotecaria, previa autorización del órgano de contratación. No se admitirá la hipoteca de concesiones de obras en garantía de deudas que no guarden relación con la concesión correspondiente». Aunque en la citada Ley se regulan los derechos de los acreedores hipotecarios, nada dice acerca de las cesiones de tales hipotecas o sobre la posibilidad de subrogación activa en las mismas, sino únicamente respecto de la subrogación del adjudicatario de la concesión en caso de ejecución de la hipoteca en la posición jurídica del concesionario, en cuyo supuesto sí se exige autorización administrativa (art. 275 Ley 9/2017).

No parece que las razones que amparan la necesidad de autorización administrativa en caso de transmisión de la concesión administrativa o de subrogación del adjudicatario judicial en la misma, concurran tratándose de la sustitución de la figura del acreedor hipotecario, ya sea por cesión del crédito o por subrogación activa, máxime si, como ocurre en este caso, lo que tiene lugar es una mejora en las condiciones financieras del préstamo, en concreto el tipo de interés y el plazo, para favorecer la amortización de este, ajustándolas a las necesidades

financieras de la entidad concesionaria, condiciones que no han sido igualadas por el primitivo acreedor.

En el supuesto objeto de este expediente, como ya se ha señalado anteriormente, ambas entidades, la entidad acreedora inicial y la entidad que ahora se subroga en la hipoteca, son personas jurídicas sometidas a la regulación del mercado hipotecario, una entidad oficial y otra de reconocido prestigio en el mercado financiero, y en modo alguno la sola sucesión en el crédito que por dicha subrogación se ha operado puede producir perjuicio alguno para la sociedad deudora, que lo ha solicitado expresamente, ni tampoco a la prestación del servicio público a que se refiere la concesión administrativa gravada, que es el bien a proteger.

Resolución de 20-3-2020
BOE 9-7-2020
Registro de la Propiedad de Madrid, número 39.

OBRA NUEVA: LICENCIA DE PRIMERA OCUPACIÓN Y SILENCIO ADMINISTRATIVO.

Como ha reiterado este Centro Directivo es competencia de las normas estatales establecer los requisitos necesarios para la documentación pública e inscripción registral de las declaraciones de obras nuevas, sin perjuicio de la remisión a autorizaciones o licencias que establezca la normativa autonómica. Por tanto, de conformidad con el artículo 28 de la Ley del Suelo, en principio, es exigible la licencia de primera ocupación para inscribir en el Registro de la Propiedad las escrituras públicas de declaración de obras nuevas terminadas, siempre que la respectiva normativa autonómica establezca que está sujeto a licencia, aprobación, autorización o conformidad administrativa el acto jurídico de uso de la edificación y que no es bastante la comunicación previa o declaración responsable.

El vigente Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, no incluye la ocupación entre los actos para los que se requiere autorización expresa, con silencio administrativo negativo. La primera ocupación es una situación del edificio ajena a la declaración de obra nueva terminada, pues nada tiene que ver con la conclusión de su construcción (aspecto material) ni su dominio —que ha operado ya por accesión y se ha patrimonializado (aspecto jurídico), sino con una determinada aptitud del edificio para una actividad o uso a desarrollar posteriormente en el edificio terminado, en unas determinadas condiciones de calidad y seguridad, exigibles y verificables en el momento que se efectúe o prevea su ocupación. Esta concepción de la ocupación quizás justifique que, en el caso de ser requerida por la legislación la obtención de la licencia, el régimen de concesión, a diferencia de lo que sucede con la licencia de obras, contemple el silencio positivo. En la legislación madrileña, la concesión de la licencia de ocupación se vincula a la realización de inspección previa y se contempla el silencio administrativo positivo para el caso de que dicha inspección no se haya efectuado en el plazo de dos meses desde que se comunicó la finalización de las obras.

Debe tenerse en cuenta que el silencio opera en los procedimientos administrativos iniciados a solicitud del interesado cuando se paralicen por causa no

imputable al mismo, de forma que no se produce la caducidad de la instancia sino la estimación o desestimación, según el caso, en virtud de dicho silencio administrativo.

Resolución de 1-6-2020
BOE 10-7-2020
Registro de la Propiedad de Madrid, número 27.

PROPIEDAD HORIZONTAL: INOPONIBILIDAD DE LOS ACUERDOS DE MODIFICACIÓN ESTATUTARIA NO INSCRITOS. 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.

Cuestión distinta es que, como también expresa el registrador en dicha calificación, existen determinados propietarios de una vivienda que han inscrito su adquisición el 30 de octubre de 2019, con posterioridad a la adopción de los acuerdos (11 de junio de 2019), y no se acredita que hayan aprobado dicha modificación estatutaria. Es necesario que esta cuente con el consentimiento de esos nuevos titulares de elementos privativos, por cuanto estos terceros no pueden verse afectados por las modificaciones del título constitutivo que no hubieren sido inscritas oportunamente (cfr. arts. 5 de la Ley sobre propiedad horizontal y 13, 17, 32 y 38 de la Ley Hipotecaria). Lo que ocurre en el presente caso es que, al tratarse de un acuerdo para el que la Ley sobre propiedad horizontal no exige unanimidad sino únicamente el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, es evidente que, habiendo sido consentido por todos los restantes propietarios, no es ya necesario que también haya sido aprobado por los propietarios que hayan adquirido uno de los pisos con posterioridad a la adopción de tal acuerdo por la junta de propietarios. Por ello, debe entenderse que el acuerdo será inscribible.

Resolución de 1-6-2020
BOE 10-7-2020
Registro de la Propiedad de Santander, número 4.

PROPIEDAD HORIZONTAL: ACTOS COLECTIVOS Y DE AFECTACIÓN INDIVIDUAL

Como cuestión previa, ha de recordarse una vez más, en relación con los documentos aportados con el escrito de recurso que no pudieron ser analizados por la registradora al emitir su calificación, que, como señala la reiteradísima doctrina de este Centro Directivo, no pueden ser tenidos en cuenta para la resolución del recurso conforme a lo dispuesto en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, ya que este tiene como objeto valorar la procedencia de la calificación teniendo en cuenta los elementos de que dispuso el registrador para emitirla.

En materia de propiedad horizontal debe distinguirse entre los acuerdos que tienen el carácter de actos colectivos (adoptados con los requisitos previstos en la legislación de propiedad horizontal resultantes de la correspondiente acta —cfr. art. 19 de la Ley sobre propiedad horizontal—), que no se imputan a cada propietario singularmente sino a la junta como órgano comunitario, y aquellos otros actos que, por afectar al contenido esencial del derecho de dominio, requieren el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes, el cual habría de constar mediante documento público para su acceso al Registro de la Propiedad.

Atendiendo a las consideraciones anteriores, debe determinarse si la escritura otorgada por la que se propone una modificación descriptiva del edificio en su conjunto, con específica afectación a determinados elementos independientes, cumple las exigencias de la Ley sobre propiedad horizontal, según la interpretación de esta Dirección General, y, por ende, si es susceptible de inscripción. Y la respuesta ha de ser negativa, debiendo confirmarse íntegramente la calificación de la registradora puesto que ni ha quedado acreditado que se haya adoptado un acuerdo de la junta de propietarios por unanimidad, ni consta el consentimiento expreso del titular afectado.

Resolución de 1-6-2020
BOE 10-7-2020
Registro de la Propiedad de Vélez Málaga, número 2.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 203: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FNCA.

El artículo 203 de la Ley Hipotecaria regula el expediente notarial para la inmatriculación de fincas siendo presupuesto de toda inmatriculación que la finca que pretende acceder por primera vez al registro no se encuentre previamente inscrita. 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 presente caso, el registrador, en su nota de calificación, transcrita más arriba, expresa los motivos por los que tiene indicios fundados de que la finca que se pretende inmatricular coincide con otra previamente inmatriculada. En la calificación

quedan identificadas circunstancias suficientes que justifican tal coincidencia siquiera de forma indiciaria o parcial. 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.

Es reiterada la doctrina de este Centro Directivo, incluso anterior a la actual redacción del artículo 203 de la Ley Hipotecaria, conforme a la cual 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. Por tanto no sería procedente, si estas dudas no se han expresado por el registrador al expedir la certificación, pretender plantearlas una vez concluida la tramitación del procedimiento.

En el caso que nos ocupa, el registrador expidió la certificación el 22 de julio de 2019 en respuesta a la solicitud formulada por el notario en el expediente y en dicha certificación se advirtió la posible coincidencia con otra finca inscrita y los motivos que llevan a dicha conclusión, que se exponen con detalle en la calificación que ahora se recurre. Sin embargo, en el curso del procedimiento no se ha realizado ninguna actuación encaminada a disipar las dudas como pudiera ser la notificación al titular de la finca inscrita que pudiera resultar afectado o la aportación de algún certificado municipal relativo a la numeración de calles del que pueda deducirse que son fincas distintas.

Resolución de 1-6-2020
BOE 10-7-2020
Registro de la Propiedad de La Coruña, número 3.

TESTAMENTO OLÓGRAFO: INTERPRETACIÓN. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: REQUISITOS Y FORMA.

Del artículo 675 del Código civil resulta el entendimiento de las cláusulas conforme el sentido literal de las palabras a menos que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador; que el centro de gravedad de la interpretación de las disposiciones de última voluntad radica esencialmente en la fijación de la voluntad real del testador, esto es, sentido espiritualista de las disposiciones; que, recogiendo la doctrina asentada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1985, en la interpretación de los actos testamentarios, la principal finalidad es investigar la voluntad real, o al menos probable del testador en sí misma, sin que pueda ser obstáculo la impropiedad o lo inadecuado de los términos empleados, siempre que aquella voluntad resulte de las circunstancias, incluso externas del testamento, y de completar aquel tenor literal con el elemento lógico, el teleológico y el sistemático; y que el primer elemento en la interpretación de los testamentos es el literal, pero merced a la utilización de otros elementos interpretativos se debe establecer cuál es el verdadero significado de las cláusulas testamentarias. Entre los medios de interpretación testamentaria se encuentran primordialmente los siguientes: el elemento literal o gramatical, del que procede partir según el propio artículo 675 y, además, con la presunción de que las palabras utilizadas por el testador reproducen fielmente su voluntad (Sentencia de 18 de julio de 2005); los elementos sistemático, lógico y finalista, empleados de forma conjunta o combinada, sobre la base de la consideración del testamento como unidad (Sen-

tencia de 31 de diciembre de 1992); los elementos de prueba extrínsecos, que son admitidos por las doctrinas científica y jurisprudencial (entre otras, Sentencias de 29 de diciembre de 1997, 18 de julio de 1998, 24 de mayo de 2002 y 21 de enero de 2003), ya sean coetáneos, previos o posteriores al acto testamentario.

En el presente caso, la redacción del testamento ológrafo de la titular registral puede reflejar ciertas dudas sobre su verdadera voluntad, pero aunque no utilice expresamente el término «sustitución» ni «fideicomiso» y se refiera a su hija como «heredera», también es cierto que del resto de sus palabras resulta que viene a prever una sustitución fideicomisaria, con doble llamamiento. Pero de una interpretación conjunta de las cláusulas del testamento ológrafo del presente caso resulta una clara voluntad de la testadora de ordenar el destino de sus bienes, incluso de una manera exhaustiva, agotando posibilidades futuras, con alternativas diversas. Aunque los llamamientos a una sustitución fideicomisaria deban ser expresos y no se presuman (arts. 783 y 785.1 CC), ello no implica la necesaria utilización de la expresión sustitución fideicomisaria o un equivalente técnico de la misma, en el testamento, pudiendo resultar la figura de la sustitución fideicomisaria, con el natural deber de conservar, más o menos amplio, según haya previsto el testador, y de transmitir a un segundo heredero, del establecimiento de un orden sucesivo de llamamientos. Es cierto que la testadora se refiere en el testamento ológrafo referido a su hija como «su heredera». Pero el uso de este término permite una interpretación distinta a la de hallarnos ante una institución de heredero en sentido técnico. Por otra parte, siendo cierto que lo frecuente en una sustitución fideicomisaria siga un orden descendente, nada se opone legalmente a que el orden que el testador desee sea el inverso.

Resolución de 1-6-2020
BOE 10-7-2020
Registro de la Propiedad de Cogolludo.

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: INMATRICULACIÓN CANCELADA POR NO ACREDITARSE LA PUBLICACIÓN DEL EDICTO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 298 RH.

Se debate en el presente recurso si habiéndose cancelado un asiento de inmatriculación por falta de publicación del edicto correspondiente en el plazo previsto en el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, en la redacción vigente entonces, puede volverse a inscribir la escritura de compraventa que motivó la inmatriculación o por el contrario lo impide el hecho de que se haya inmatriculado en el ínterin por los herederos del transmitente. El defecto debe ser confirmado. La publicación del edicto venía exigido por el antiguo artículo 205 de la Ley Hipotecaria. No puede pronunciarse este Centro Directivo sobre quién fue responsable de la falta de publicación del edicto reglamentario, que en las inmatriculaciones por doble título público exigía el ya derogado artículo 298 del Reglamento Hipotecario. Pero lo cierto es que los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los tribunales (cfr. art. 1 de la Ley Hipotecaria) por lo que habiendo sido cancelada correctamente la inmatriculación, y estando en la actualidad inscrita la finca a nombre de personas distintas del transferente, procede suspender el título por falta de tracto sucesivo (art. 20 Ley Hipotecaria).

Resolución de 1-6-2020
BOE 10-7-2020
Registro de la Propiedad de Badalona, número 1.

HIPOTECA: PLAZO.

Como ya expuso la resolución de esta Dirección General de 19 de diciembre de 2013, en el ordenamiento jurídico español los propietarios de bienes inmuebles pueden constituir gravámenes sobre ellos sin más limitaciones que las establecidas en las leyes (art. 348 CC). Ahora bien, esa libertad de configuración tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes gravados y de los derechos reales que se constituyan sobre los mismos, y tratándose de bienes inmuebles las derivadas de la trascendencia «*erga omnes*» de los derechos reales respectivos.

Precisamente el principio de especialidad que impone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho real que ha de inscribirse (arts. 9.2 de la Ley Hipotecaria y 51.6 del Reglamento Hipotecario), es el que, tratándose del derecho real de hipoteca, y dado su carácter accesorio del crédito garantizado (arts. 104 de la Ley Hipotecaria y 1857 CC), exige, como regla general, la precisa determinación de la obligación a la que sirve. Siendo el derecho de hipoteca un derecho accesorio al de la obligación principal garantizada, la regla general en materia de hipotecas será que el plazo de vencimiento de esa obligación principal determinará, no la finalización de la duración del asiento registral de hipoteca, sino el inicio del periodo de cómputo de la prescripción de la acción hipotecaria (art. 128 LH), produciéndose la caducidad del citado asiento en los términos y plazos recogidos en el artículo 82.5 de la Ley Hipotecaria. Lógicamente la accesoriedad del derecho real de la hipoteca respecto del crédito garantizado (arts. 1875 CC y 134 de la Ley Hipotecaria), supondrá, en principio, que en estos supuestos de constitución de la hipoteca por un plazo determinado, el vencimiento de esta sea posterior al de la obligación asegurada y que esta regla se traduzca en que el día inicial del plazo de ejercicio de la hipoteca sea el del vencimiento de la obligación garantizada.

En el presente supuesto la obligación garantizada viene constituida por la cantidad que la sociedad prestataria e hipotecante debe reembolsar a la sociedad avalista y que se materializa en el importe que esta haya entregado a la entidad financiera por razón exclusivamente de la operación de préstamo avalada y hasta un 50% de su importe principal y sus intereses, en virtud de los términos del pacto de afianzamiento (estipulación primera). Igualmente se pacta que la sociedad de garantía recíproca queda autorizada para pagar a primer requerimiento las cuantías que le sean exigidas por la garantía personal prestada, sin que sea necesario el consentimiento previo del socio participe, que desde la firma acepta la legitimación y procedencia de estos pagos (estipulación séptima).

Se trata de una redacción confusa, cuando no contradictoria, pues de las estipulaciones primera, séptima y octava, expuestas en primer lugar, se infiere que el vencimiento de la obligación para con el avalista, que es la garantizada con la hipoteca, no tiene lugar con el último vencimiento del préstamo avalado sino posteriormente, cuando habiendo sido requerida de pago la entidad avalista y habiéndolo efectuado, a su vez, dicha sociedad avalista hubiere requerido de pago al prestatario-hipotecante y hubiere transcurrido el plazo pactado para ese pago sin que el mismo se haya realizado. Este plazo de pago del deudor al avalista se encuentra indeterminado y no parece encajar en los dos años en que el plazo de la hipoteca excede al del vencimiento de préstamo, plazo que se señala en la estipula-

ción decimoquinta a la que luego se hará alusión. Sin embargo, la primera parte de la estipulación segunda establece expresamente un plazo del aval coincidente con el plazo de la obligación avalada que es un préstamo mutuo único: el 31 de enero de 2034, lo que conduciría a entender que desde esa fecha comenzaría a correr el cómputo para la prescripción de la acción hipotecaria según las reglas generales.

Aunque esa hubiera sido la voluntad contractual, debería haberse explicado adecuadamente en la escritura de constitución de hipoteca, por lo que, a la vista del confusionismo existente entre las diferentes cláusulas, hay que concluir que los términos en que está redactada la escritura no satisfacen las exigencias de claridad que debe presidir la redacción de los asientos del Registro de la Propiedad, impuestas por el principio de especialidad hipotecaria.

Resolución de 1-6-2020
BOE 10-7-2020
Registro de la Propiedad de Cervera.

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. Este Centro Directivo ha reiterado que conforme al artículo 254 de la Ley Hipotecaria, para que un documento pueda ser inscrito en el Registro de la Propiedad es necesario con carácter general, y cualquiera que sea el soporte electrónico o papel en el que se presente, que se acredite, mediante la aportación del correspondiente justificante (bien lo sea igualmente en soporte electrónico o en papel) que el documento ha sido presentado a liquidación del impuesto que corresponda, o que dicho impuesto ha sido objeto de autoliquidación (bien haya sido esta última con ingreso de la cuota que corresponda, bien se haya alegado la exención o no sujeción que en su caso corresponda). Y, añade que para acreditar el pago, exención o no sujeción, los registradores deberán exigir tanto la carta de pago, debidamente sellada, como la nota de justificación, exención o no sujeción, que deberán ser expedidas por la oficina liquidadora correspondiente.

En el supuesto del presente recurso, resulta que al título inscribible, presentado en el Registro de la Propiedad de Cervera, se acompañó recibo de la presentación de los modelos 660 y 650, en el Registro de la Agencia Tributaria de la Comunidad Autónoma de Cataluña, y que dicho recibo, no se limita a justificar la mera presentación sino que permite identificar el expediente, las cantidades satisfechas en la autoliquidación y obtener copia de la carta de pago relativa al documento presentado, es decir acredita que se ha efectuado el pago. En consecuencia, se han acreditado los requisitos para levantar el cierre registral impuesto por el artículo 254 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 1-6-2020
BOE 2-2020
Registro de la Propiedad de Pamplona, número 4.

RECTIFICACIÓN DE SUPERFICIE: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

La registración de un exceso de cabida *stricto sensu* solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la

finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originalmente registrados.

El artículo 9 de la Ley Hipotecaria, contempla en su apartado b) la posibilidad de incorporar a la inscripción, como operación específica, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices. La incorporación de la representación gráfica a la inscripción tiene como consecuencia que «una vez inscrita la representación gráfica georreferenciada de la finca, su cabida será la resultante de dicha representación, rectificándose, si fuera preciso, la que previamente constare en la descripción literaria» [párrafo séptimo del artículo 9.b) de la Ley Hipotecaria].

En todo caso, será objeto de calificación por el registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca. Las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 199 y 201 de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 22 de abril, 8 de junio y 10 de octubre de 2016, entre otras).

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido una doctrina consolidada (cfr. «Vistos») acerca de 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.

En el concreto supuesto de este expediente, resultan justificadas las dudas del registrador, al ponerse de manifiesto la oposición expresa de la Administración Pública a la inscripción de la representación gráfica. Oposición que es terminante y pone de manifiesto una situación de alteración de la configuración física de la finca que implicaría invasión de dominio público, circunstancia proscrita por la legislación hipotecaria, según ha quedado expuesto en los fundamentos anteriores. Toda vez que existen dudas que impiden la inscripción de la representación gráfica, podrá acudirse al expediente de deslinde regulado en el artículo 200 de la Ley Hipotecaria (tal y como prevé para estos casos el propio artículo 199), sin perjuicio de poder acudir al juicio declarativo correspondiente (cfr. art. 198 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 1-6-2020
BOE 24-7-2020
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 11.

DEMARCACIÓN REGISTRAL: TRASLADO DE HISTORIAL REGISTRAL.

Por lo que se refiere al presente expediente, en concreto la finca registral 39230 procede de la finca 4624 que se formó por agrupación de la finca 1650 de San Juan de Horta (con una superficie de 1.733,22 m²) y la finca 2930 de San Gervasio (con una superficie de 142,99 m²), perteneciente esta última al Registro número doce, formado, como se ha dicho, por segregación

del Registro de la Propiedad número seis. La finca 5567 (finca matriz de la propiedad horizontal) se creó por segregación de la finca 4624 en 1950 y con una superficie de 458,25 m². De esta finca matriz 5567 se formó la actual finca 39 230 objeto del presente recurso. Consecuentemente, del historial registral de la finca 39 230, se formó de fincas procedentes tanto del Registro de la Propiedad número once, como del doce. Ahora bien, como ha quedado expuesto, la finca registral tiene su acceso por la Calle (…), por lo que dicho edificio corresponde a la demarcación del Registro once de Barcelona. Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los fundamentos de derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de derecho.

Resolución de 2-6-2020
BOE 24-7-2020
Registro de la Propiedad de Bilbao, número 13.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: LÍMITE DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA.

El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados, como establece el artículo 130 de la Ley Hipotecaria, solo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo. Es cierto que en el procedimiento de ejecución directa nada impide reclamar al deudor por todo lo debido al acreedor, aunque exceda de la cifra de responsabilidad hipotecaria, pero siempre que no existan terceros con cargas inscritas con posterioridad, ya que en tal caso la cifra de responsabilidad hipotecaria actúa como límite.

A la hora de determinar el importe del precio del remate que ha de entregarse al acreedor ejecutante hay que tener en cuenta el límite de la respectiva cobertura hipotecaria. La cifra de responsabilidad hipotecaria que resulta de la inscripción de la hipoteca tiene como principal misión garantizar a los titulares de cargas posteriores que, si el precio de adjudicación es superior a esa cifra, el sobrante se destinará a la satisfacción de esos créditos inscritos o anotados posteriores a la hipoteca. Ahora bien, este Centro Directivo ha mantenido una doctrina consolidada a lo largo de diversas resoluciones, en cuya virtud esta garantía en favor de derechos inscritos o anotados con posterioridad a la hipoteca ejecutada está referida exclusivamente a los titulares de derechos posteriores que consten en el procedimiento, bien por la certificación de cargas, bien porque, advertidos por la nota de expedición de esta última, han comparecido por su propia iniciativa para hacer valer sus derechos sobre el eventual sobrante. En el presente caso, aunque está claro que el precio de remate entregado al acreedor supera los límites de responsabilidad derivados de la inscripción de hipoteca, solo existe una anotación preventiva de embargo posterior a dicha inscripción de hipoteca, pero practicada después de haberse expedido la preceptiva certificación de dominio y cargas.

Resolución de 2-6-2020

BOE 24-7-2020
Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 3.

PROPIEDAD HORIZONTAL: DIVISIÓN DE UN DEPARTAMENTO DE UNA PROPIEDAD HORIZONTAL NO CONSTITUIDA FORMALMENTE.

Es doctrina reiterada de la Dirección General de Registros y del Notariado, en Resoluciones, entre otras, de fechas 18 de junio de 1991, 18 de mayo de 1995, 5 de abril de 1998, 26 de septiembre de 2002, 7 de abril de 2006 y 5 de septiembre de 2019 que el régimen de propiedad horizontal existe desde que «los varios pisos o locales pasan a pertenecer a diferentes personas aun cuando todavía no se haya formalizado e inscrito la constitución del régimen». Cuando la situación fáctica de un edificio es de división horizontal le es de aplicación la Ley de Propiedad Horizontal. Como se recoge en las resoluciones mencionadas, en un régimen de propiedad horizontal de hecho, no es posible la segregación de nuevos elementos privativos sin constituir formalmente un régimen de propiedad horizontal, por mucho que ya existan elementos privativos segregados cuya validez se mantiene, y tampoco es posible en un edificio en régimen de propiedad horizontal de hecho, proceder solo en una de las fincas registrales segregadas a su división material.

En el presente expediente se pretende, afectando exclusivamente a la parte determinada segregada «semisótano, botiga y vivienda izquierda en piso segundo» (finca registral 25.957), proceder a su división en tres partes determinadas y constituirlas a su vez en régimen de propiedad horizontal formando una especie de subcomunidad. Esta constitución de un régimen de propiedad horizontal del elemento privativo segregado de hecho no está consentida en ningún momento por los demás propietarios del edificio, ni en el acuerdo de junta de hecho. Pero es que adicionalmente, esta división horizontal de una parte determinada de hecho de un edificio en régimen de propiedad horizontal de hecho requeriría, constituir e inscribir previamente y formalmente el régimen de propiedad horizontal sobre el edificio para poder, simultánea o posteriormente, configurar a su vez una división horizontal sobre uno de los elementos privativos, creando tres nuevos elementos privativos.

Resolución de 2-6-2020
BOE 24-7-2020
Registro de la Propiedad de Escalona.

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: REQUISITOS PARA PRACTICAR LA NOTA MARGINAL DE CONSTANCIA DE LA SITUACIÓN URBANÍSTICA DE LA EDIFICACIÓN.

En cuanto a los otros dos defectos han de ser analizados conjuntamente dado que están íntimamente relacionados entre sí, pues se refieren, en esencia, a si la tramitación seguida en el ayuntamiento y el contenido final de la resolución 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, pues como recuerda la Resolución de 22 de junio de 2013, la redacción actual del artículo 65 de la Ley de suelo, es fruto de la modificación operada por el artículo 25 del Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, que bajo el antetítulo de «Protección registral ante títulos habilitantes de obras y actividades» le da nueva redacción con la finalidad expresada en su Exposición de Motivos de «hacer especial hincapié en las medidas de protección registral cuyo objetivo consiste en la protección preventiva y en la depuración a futuro de situaciones que se producen en la actualidad y que están afectando de manera muy negativa a la inversión en el sector inmobiliario, tanto a nivel interno, como internacional».

Es preciso que en la certificación administrativa, título formal, se contengan unas determinaciones sujetas a calificación registral: expresión del acto administrativo que fundamenta la imposición de condiciones o limitaciones y acuerdo específico de su constancia registral, las condiciones o determinaciones concretas cuya constancia registral se pretende, con expresa referencia a la norma legal o planeamiento que la justifica, específica constancia de la firmeza en vía administrativa del acto —Resolución de 12 de febrero de 2014— descripción indubitada de la finca registral afectada y circunstancias personales del interesado. Es cierto que el artículo 74 dispone que la nota marginal se tomará en virtud de instancia del titular de la finca a la que se acompañe certificación administrativa, mas dicha previsión debe ser entendida conforme a la redacción actual de la Ley de Suelo, la propia naturaleza administrativa del acto a inscribir y la doctrina de este Centro Directivo sobre la calificación registral de documentos administrativos. Por este motivo para tomar razón en el Registro de la Propiedad de condiciones de licencias o de licencias en precario el ordenamiento exige que conste instancia del titular registral o que resulte que el procedimiento ha contado con su audiencia (arts. 74 y 76 del Real Decreto 1093/1997).

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. No debe rechazarse tampoco, a estos efectos, la vía administrativa directa, por algunos de los medios que nuestro ordenamiento permite a la Administración, como la ejecución del acto en ejercicio de sus facultades de autotutela declarativa y ejecutiva, siempre que concurran sus presupuestos, se funde en una previa resolución administrativa y se garantice los derechos del interesado en el procedimiento.

A la vista de la legislación urbanística de Castilla-La Mancha, no resulta acertado afirmar, como afirmó el registrador en los defectos tercero y cuarto de su nota de calificación, que el ayuntamiento se haya limitado a indicar que se ha realizado una actuación clandestina pero falta que «ponga en claro la solución» o que deba «aclararse su régimen jurídico y hacerse constar si ha prescito o no la acción realizada, pudiendo o no el ayuntamiento adoptar medidas que impliquen

la demolición de la obra», pues de la resolución municipal, como se ha visto, sí que resultan concretados tales extremos.

En consecuencia, debe considerarse que la resolución municipal calificada sí puede acceder al Registro de la Propiedad por la vía del artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo y provocar la nota marginal en él prevista porque cumple los requerimientos de concreción mínima que exige dicho artículo, ya que sí que expresa «la concreta situación urbanística de la misma, con la delimitación de su contenido e indicación expresa de las limitaciones que imponga al propietario».

Resolución de 2-6-2020
BOE 24-7-2020
Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 6.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: HIPOTECA INSCRITA A NOMBRE DEL CESIONARIO DEL CRÉDITO SIN QUE SE ACREDITE LA SUCESIÓN PROCESAL.

Este Centro Directivo ha tratado en diferentes resoluciones (puede verse, por todas, la de 11 de julio de 2016) el supuesto en el que, habiéndose cedido el crédito hipotecario, y habiéndose producido en el procedimiento de ejecución la correspondiente sucesión procesal en favor del cesionario, sin embargo, dicha cesión no había accedido aun al Registro al tiempo en que se presenta a inscripción el decreto de adjudicación derivado del mencionado procedimiento de ejecución hipotecaria. En estos casos, la conclusión acogida es la de que resulta necesaria, para inscribir el decreto de adjudicación, la inscripción de la titularidad sobre el crédito hipotecario a favor del ejecutante o de su sucesor, pudiendo hacerse esa inscripción de la nueva titularidad bien con anterioridad a la inscripción de la ejecución procesal o simultáneamente a esta, pero sin que la legitimación registral derivada de la inscripción pueda ser suplida, en el ámbito del propio Registro, por la legitimación procesal en el procedimiento.

El caso ahora analizado es el contrario. La cesión del crédito hipotecario se ha inscrito en el Registro, pero no consta del decreto presentado a inscripción que se haya producido la correspondiente sucesión procesal. Sin embargo, existen razones de mayor peso que conducen a entender que el defecto no puede mantenerse. La entidad mercantil adquirente por vía de cesión de la titularidad del crédito hipotecario, ha tenido conocimiento al inscribir su derecho de la pendencia de un procedimiento de ejecución de la referida hipoteca. La constancia de la nota marginal de expedición de la certificación de dominio y cargas (arts. 656 y 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) advierte a cualquier tercero de esta circunstancia y le permite personarse en el procedimiento y ejercer las actuaciones que a su derecho convenga. En el caso del cesionario de un crédito hipotecario en ejecución, el artículo 17.1 de la Ley Rituaria le permite «solicitar, acreditando la transmisión, que se le tenga como parte en la posición que ocupaba el transmitente».

Por todo ello, considerando que el cesionario titular registral de la hipoteca resultó correctamente notificado de la existencia del procedimiento de ejecución a través de los efectos que produce la nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas, y que, consecuentemente, pudo haberse personado en dicho proceso solicitando la correspondiente sucesión procesal, debe concluirse que no es exigible que se acredite la referida sucesión procesal para poder inscribir el decreto de adjudicación calificado.

Resolución de 2-6-2020
BOE 24-7-2020
Registro de la Propiedad de Arganda del Rey, número 1.

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

El artículo 9 de la Ley Hipotecaria debe ser interpretado en el sentido de incluir en su ámbito de aplicación cualquier supuesto de modificación de entidad hipotecaria que conlleve el nacimiento de una nueva finca registral, afectando tanto a la finca de resultado como al posible resto resultante de tal modificación.

Como ha puesto de relieve esta Dirección General en distintas Resoluciones (*vid.*, por todas, la 4 de diciembre de 2013) la referencia catastral de la finca solo implica la identificación de la localización de la finca inscrita en cuanto a un número de referencia catastral, pero no que la descripción tenga que ser concordante con la del Catastro ni que se puedan inscribir en tal caso todas las diferencias basadas en certificación catastral descriptiva y gráfica. Por lo tanto, la referencia catastral no sustituye a la descripción de la finca que figura en el Registro ni implica una incorporación inmediata del cambio de naturaleza, de linderos y superficie catastrales en el folio registral. La aparente contradicción en la descripción de la finca sobre su correspondencia total o parcial con determinadas parcelas catastrales y las discrepancias entre la superficie de estas parcelas, según consta en la descripción tabular, y la que resulta ahora de las certificaciones catastrales descriptivas y gráficas incorporadas al título, justifican la negativa de la registradora a la inscripción de la representación gráfica georreferenciada aportada, tomada de las certificaciones catastrales descriptivas y gráficas incorporadas al título.

En el caso que nos ocupa, la calificación se fundamenta en las discrepancias que resultan de la descripción de la finca que resulta de su historial registral y la de aquellas parcelas con las que se afirma parcialmente corresponder, lo que unido a los limitados efectos que se derivan de la constancia registral de la referencia catastral, llevan a la desestimación del recurso. Toda vez que existen dudas que impiden la inscripción de la representación gráfica, como ya ha declarado esta Dirección General, para lograr la registración de la rectificación pretendida, podrá tramitarse el expediente notarial de rectificación de descripción de fincas previsto en el artículo 201 de la Ley Hipotecaria, en cuyo procedimiento podrán practicarse las actuaciones precisas para disipar las dudas alegadas por la registradora o bien que así se declare en el correspondiente juicio declarativo a que se refiere el artículo 198 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 2-6-2020
BOE 24-7-2020
Registro de la Propiedad de Marchena.

FINCA REGISTRAL: FINCA QUE CARECÍA DE EXPRESIÓN DE SU SUPERFICIE.

Es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr. resoluciones citadas en «Vistos») que la inscripción de la superficie de una finca que hasta ese momento no la tenía consignada en su historial registral, sin ser en sentido técnico una inmatriculación, tiene cierta entidad inmatriculadora,

por lo que ha de estar dotada de las debidas garantías. De ahí, que no sea posible acceder sin más a la constatación registral de la superficie ahora alegada *«ex novo»*, sino que se deba acreditar cuál es la ubicación y delimitación geográfica que definen dicha superficie, y todo ello con las debidas garantías de notificación a los propietarios colindantes potencialmente afectados, utilizando para ello, tras la entrada en vigor de la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015, bien el procedimiento registral que se regula en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria o bien el expediente notarial regulado en el artículo 201.1 del mismo texto legal.

Como ya ha señalado la Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr. Resoluciones de 15 de junio de 2016, 29 de septiembre de 2017 o 10 de abril de 2018), el procedimiento para la inscripción de la representación gráfica se inicia a instancia del titular registral en cumplimiento del principio de rogación y no de oficio por parte del registrador. Si bien no resulta solicitud expresa relativa a la rectificación de descripción de la finca conforme a su representación gráfica georreferenciada, esta solicitud puede considerarse implícita en el documento, ya que según el criterio del apartado segundo letra a de la Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015 se entiende solicitado el inicio del procedimiento cuando en el título presentado se rectifique la descripción literaria de la finca para adaptarla a la resultante de la representación geográfica georreferenciada que se incorpore, lo que precisamente sucede en el caso que nos ocupa.

Resolución de 2-6-2020
BOE 24-7-2020
Registro de la Propiedad de Sagunto, número 1.

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

La registración de un exceso de cabida *stricto sensu* solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originalmente registrados.

El artículo 9 de la Ley Hipotecaria, contempla en su apartado b) la posibilidad de incorporar a la inscripción, como operación específica, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices. La incorporación de la representación gráfica a la inscripción tiene como consecuencia que «una vez inscrita la representación gráfica georreferenciada de la finca, su cabida será la resultante de dicha representación, rectificándose, si fuera preciso, la que previamente constare en la descripción literaria» [párrafo séptimo del artículo 9.b) 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 hipo-

tecaria (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 el registrador pone de manifiesto de forma clara y razonada en su calificación, transcrita más arriba, una serie de circunstancias que justifican la negativa a inscribir la representación gráfica.

Resolución de 2-6-2020
BOE 24-7-2020
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 3.

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: CIRCUNSTANCIAS QUE HAN DE CONSTAR EN EL TÍTULO.

Con carácter previo advertir, que conforme al artículo 326, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

Ambos defectos deben ser confirmados. En cuanto a la identificación de la finca, porque los principios hipotecarios de especialidad y determinación así lo exigen, de modo que no se cometa un error al practicar la inscripción. Y del documento aportado no es posible identificarla, en tanto que no consta ni su número registral, ni su dirección, ni su referencia catastral. Y en cuanto a la falta de las circunstancias identificativas de la hija menor de edad a la que se atribuye el uso y disfrute de la vivienda, porque este Centro Directivo ya resolvió la cuestión en la Resolución de 19 de mayo de 2012, en la que se dijo que «la naturaleza de derecho familiar que se atribuye a este derecho no excluye la necesidad de cumplir los requisitos impuestos por el principio de determinación, por lo que se hace necesario, conforme a los artículos 9.4.a de la Ley Hipotecaria y 51.9.a) del Reglamento Hipotecario, hacer constar las circunstancias identificativas de los hijos a cuyo nombre debe inscribirse el derecho de uso de la vivienda familiar, sin que se entren a valorar — por no haber sido señalado en la nota—, otras circunstancias». Y una de las referidas circunstancias identificativas es el DNI (arts. 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento).

Resolución de 2-6-2020
BOE 24-7-2020
Registro de la Propiedad de Laguardia.

TÍTULO INSCRIBIBLE: SENTENCIA DECLARATIVA.

Es doctrina de este Centro Directivo que las sentencias declarativas o constitutivas con trascendencia inmobiliaria son directamente inscribibles en los libros del Registro —salvo las dictadas en rebeldía, en los términos del artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— si de este no resultan obstáculos que lo impidan, mediante la presentación del correspondiente testimonio de la resolución judicial, que acredite su contenido, así como la firmeza de la misma. En este sentido es perfectamente posible proceder a la rectificación de la descripción de las fincas a que se refiere el apartado 4 del mandamiento.

En relación a los demás extremos de la sentencia debe confirmarse la nota de calificación por no tener trascendencia registral y estar encaminadas a una rectificación catastral o por exigir una actuación posterior de los condenados. El registrador puede denegar los aspectos carentes de trascendencia real por imperativo de los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 100 de su Reglamento, pese a ser expedidos por la autoridad judicial.

Resolución de 2-6-2020
BOE 24-7-2020
Registro de la Propiedad de Tarragona, número 1.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS. REPARCELACIÓN URBANÍSTICA: ARRASTRE DE CARGAS DE LAS FINCAS ORIGINARIAS.

En el supuesto objeto de este recurso resulta, de los antecedentes que constan a este Centro Directivo, que el registrador de la propiedad que inscribió el proyecto de equidistribución, mantuvo correctamente la carga de la hipoteca sobre la finca 4275, que fue objeto de ocupación previa al proyecto de equidistribución por la Tesorería General de la Seguridad Social, pues era la finca originariamente gravada y no fue objeto en el expediente de parcelación (segregación y adjudicación parcelatoria) de concreción sobre la finca segregada, la registral 86 094, que luego se aportó al referido proyecto de equidistribución.

Que se arrastre una hipoteca o cualquier carga real de garantía sobre las dos fincas registrales, la finca matriz y la finca que se segrega de la misma, no es una doble inmatriculación (inscripción) de la hipoteca de procedencia, como señala el ayuntamiento recurrente, sino un efecto jurídico que se produce por ministerio de la ley, al ser la hipoteca un derecho real indivisible (arts. 1860, 1876 CC y 104 y 122 de la Ley Hipotecaria), es decir, la hipoteca mantendrá la misma garantía que tenía anteriormente, aunque la superficie gravada se haya escindido en dos fincas.

La facultad dominical que autoriza la realización de actos de riguroso dominio, como la participación en un procedimiento de equidistribución urbanística, no precisa el consentimiento del acreedor hipotecario (art. 348 CC y 541.1 CCCat); si la finca de origen hipotecada se divide o segrega en varias, la hipoteca, en defecto de acuerdo de distribución de responsabilidad entre propietario y acreedor hipotecario, se debe arrastrar a todas las fincas resultantes que por subrogación real sustituyan a las fincas aportadas. Así, el artículo 11 del Reglamento 1093/1997 de inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, regula detalladamente, para los distintos supuestos posibles.

Además, la hipoteca también se extiende a los excesos de cabida declarados (art. 215 del Reglamento Hipotecario), como ocurre en este supuesto respecto a la recogida en la operación previa de la reparcelación antes relacionada; y ello, con independencia de que el dueño de la finca sea un tercer poseedor (adquirente del dominio perteneciente al deudor hipotecario), conforme a los artículos 1879 del Código civil y 104 de la Ley Hipotecaria. Todo lo expuesto significa, en resumen, que la responsabilidad hipotecaria puede hacerse efectiva contra las dos fincas resultantes de la reparcelación y por su total superficie, hasta la totalidad de la responsabilidad hipotecaria inicial no distribuida.

En consecuencia con todo lo expuesto, no nos encontramos ante la rectificación de un simple error material del proyecto de equidistribución, ni

ante un supuesto de rectificación de error, material o de concepto, en la inscripción del artículo 40.1.c) de la Ley Hipotecaria, sino en el supuesto de rectificación del artículo 40.1.d) de dicho cuerpo legal, es decir, por defecto del título que hubiere motivado la inscripción, ya que en el caso que nos ocupa ni se declaró incompatible expresamente la hipoteca de las fincas aportadas ni se concretó o distribuyó la responsabilidad hipotecaria derivada de la hipoteca que gravaba la finca de origen entre las fincas de resultado correspondientes; sin que procediera tampoco la aplicación del artículo 15 del Real Decreto Ley 1093/97 por las razones antes expuestas de falta de prórroga de la preceptiva nota marginal de iniciación del procedimiento. Por tanto, la rectificación del asiento registral exigirá, como lo hubiera exigido la concreción de la responsabilidad hipotecaria en el proyecto de equidistribución, el consentimiento de los titulares registrales afectados, es decir, del dominio y de la hipoteca, o, en su defecto, sentencia judicial firme en que los mismos hubieran sido parte. Por último, tampoco se enmarca este supuesto dentro de las denominadas «operaciones jurídicas complementarias» (arts. 113.3 y 164.5 del Reglamento de Gestión Urbanística, RD 3268/1978), que pudiera tramitar el Ayuntamiento por sí mismo, pues a efectos registrales no son admisibles expedientes rectificatorios que excedan del puro error material o que desborden las simples previsiones complementarias plenamente respetuosas con el contenido del proyecto ya inscrito (Resolución de 15 de noviembre de 2012 y 15 de junio de 2013).

Resolución de 3-6-2020
BOE 23-7-2020
Registro de la Propiedad de Castellón de la Plana, número 3.

CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR SUSTITUTO: NATURALEZA Y ALCANCE. CAUSA: EXPRESIÓN EN EL TÍTULO INSCRIBIBLE. PROPIEDAD HORIZONTAL: CLÁUSULA QUE AUTORIZA DIVISIONES O AGRUPACIONES DE ELEMENTOS PRIVATIVOS SIN EL CONSENTIMIENTO DE LA JUNTA.

La intervención del registrador sustituto se limita a confirmar o revocar la nota de calificación y en este último caso y si la revocación es total, debe acompañar el texto comprensivo de los términos en que deba practicarse el asiento (cfr. art. 19 bis 3.a de la Ley Hipotecaria). 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 subsanación de los defectos o en su caso para que pueda proceder a la interposición del recurso frente a la calificación del registrador sustituido ante esta Dirección General, el cual deberá limitarse a los defectos señalados por el registrador sustituido con los que el registrador sustituto hubiere manifestado su conformidad. En cuanto al cumplimiento del plazo para extender la calificación sustitutoria, el registrador sustituto está sometido a las mismas obligaciones, en cuanto a plazo para calificar, que el sustituido. Por último, respecto de la alegación del recurrente sobre la falta de motivación de la calificación sustitutoria, es cierto que según doctrina reiterada de este Centro Directivo calificación sustitutoria, como tal, debe

cumplir todos y cada uno de los requisitos de fondo y forma establecidos en la legislación hipotecaria, bien que limitada a los defectos señalados por el registrador sustituido (cfr., por todas, las Resoluciones de 17 de marzo y 22 de octubre de 2008 y 2 de marzo de 2009), si bien las reclamaciones sobre tal extremo tienen su propia vía en el recurso de queja y no en el presente contra la calificación denegatoria de la registradora sustituida (art. 326 de la Ley Hipotecaria).

Entrando en las cuestiones sustantivas de este expediente, el recurso se ha interpuesto en primer lugar contra el primero de los defectos señalados, esto es, que no existe el título traslativo en virtud del cual el derecho de vuelo que es un elemento común y que pertenecería a los actuales propietarios de los dos elementos de la propiedad horizontal, ha pasado a ser propiedad privativa de la propietaria de la planta segunda, la cual lo materializó mediante su ejercicio edificando una segunda planta. Para que tenga acceso registral cualquier modificación, objetiva o subjetiva, que afecte a una finca inscrita, es condición necesaria —y no siempre suficiente, si de tal alteración o rectificación pudieren resultar afectados terceros— que conste en instrumento público el consentimiento de los titulares registrales —lo que aquí ocurre—, consentimiento que ha de venir articulado, en su caso, en un título material idóneo, salvo que haya recaído la correspondiente sentencia judicial —dictada en un proceso del que aquellos hayan sido parte— en que así se ordene (*vid* Resoluciones de 10 de junio de 2009, 23 de agosto de 2011, 29 de mayo de 2012 y 2 de abril de 2013, citadas en los precedentes «Vistos»). En el supuesto presente, en la escritura únicamente se realiza por los titulares de los elementos privativos una manifestación y exposición de hechos en los que se manifiesta que desde hace más de treinta años existe construida una segunda planta sobre el edificio y que dicha planta la construyó la interviniente. Aunque reúne el consentimiento de todos los interesados, el título no es idóneo pues no contiene una cesión de derecho de vuelo sino una adquisición por usucapión, que a la registradora no corresponde apreciar.

La Dirección General de Registros y del Notariado, en Resolución de 7 de mayo de 2014, tras la reforma operada en la Ley sobre propiedad horizontal, resolvió sobre la validez de las cláusulas estatutarias por las que se permite la división, segregación, agrupación o agregación de elementos privativos sin necesidad de consentimiento de la junta de propietarios, entonces admitida por el Tribunal Supremo, como pusieron de relieve las Sentencias de 15 de noviembre de 2010 y 25 de febrero de 2013. En relación con la determinación de las cuotas que correspondan a cada uno de los nuevos elementos resultantes de las referidas operaciones de modificación de los elementos privativos, baste decir que el acuerdo será inevitable en aquellos casos en los que no se establezca en la cláusula estatutaria el método de cálculo para la fijación de dichas cuotas, circunstancia que por sí sola constituiría un obstáculo para el acceso al Registro de la propiedad de la cláusula exoneradora, dado que sería necesario en todo caso al acuerdo de junta para su fijación, perdiendo su sentido dicha cláusula. En el presente supuesto, no se ha incluido en el artículo correspondiente de los estatutos el método de cálculo para la fijación de las cuotas resultantes de dichos actos de modificación hipotecaria. En consecuencia, debe también confirmarse este defecto señalado.

Resolución de 3-6-2020
BOE 23-7-2020
Registro de la Propiedad de Alcalá la Real.

EXPEDIENTE DE REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO: REQUISITOS Y PRESUPUESTOS.

Como se ha reiterado por esta Dirección General, no hay verdadera interrupción del tracto cuando los promotores adquirieron del titular registral o de sus herederos (cfr. Resoluciones 18 de marzo de 2000, 17 de febrero de 2012 y 2 y 23 de octubre de 2014). Esta doctrina, además, ha sido elevada a rango legal por la Ley 13/2015, de 24 de junio, que da nueva redacción al artículo 208 de la Ley Hipotecaria. Además de esta previsión expresa, debe partirse de la doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. resoluciones citadas en los «Vistos») en virtud de la cual el expediente para reanudar el tracto sucesivo interrumpido (antes judicial) es un medio excepcional para lograr la inscripción de una finca ya inmatriculada a favor del promotor.

En el presente caso no existe una verdadera interrupción del tracto ya que consta la formalización pública de los sucesivos documentos de adquisición desde el titular registral. La circunstancia de que algunos de estos títulos adolezcan de defectos, como señala el registrador, o que hayan sido objeto de anteriores calificaciones negativas, no justifica la utilización del procedimiento excepcional para la reanudación del tracto, siendo lo procedente presentar los títulos para su calificación e inscripción y, en su caso, tratar de subsanar tales defectos.

Resolución de 3-6-2020
BOE 23-7-2020
Registro de la Propiedad de Gijón, número 3.

CONCURSO DE ACREEDORES: EJECUCIONES SEPARADAS DESPUÉS DE LA APROBACIÓN DEL CONVENIO.

Como cuestión preliminar debe recordarse la reiterada doctrina de este Centro Directivo referente a la aportación, en sede de recurso, de documentos que no se tuvieron a la vista por el registrador para la emisión de la calificación de conformidad con lo dispuesto en 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».

En segundo lugar, en contra de lo alegado por el recurrente, la cuestión de la competencia objetiva para la ejecución de las garantías reales cuando el deudor se encuentra en situación concursal, es materia plenamente calificable por el registrador (*ex* art. 100 del Reglamento Hipotecario).

El convenio, como negocio resultado del sometimiento a la junta de acreedores de una propuesta de quita, espera, o ambas soluciones, vincula a las partes —tanto pasiva como activa— del concurso una vez que se haya recabado la preceptiva aprobación judicial. Del sentido gramatical del precepto resulta que la aprobación firme del convenio implica la sustitución de los efectos de suspensión o interven-

ción en las facultades del concursado propias de la declaración del concurso por las previsiones y determinaciones establecidas, en su caso, en el propio convenio. Dichas nuevas precisiones, sin embargo, y como ya hemos contemplado no pueden exceder de quitas, esperas u otras medidas, puesto que las que pudieran afectar a la capacidad o al poder de disposición propio del concursado no suponen un cierre del Registro, a tenor del artículo 137 de la indicada Ley Concursal. De esta manera, las circunstancias de quita, espera u otras adoptadas dentro del convenio impedirían, en su caso, el ejercicio de acciones separadas dentro de los límites de dichas medidas, según resulta del claro efecto novatorio previsto en el artículo 136 en relación a los créditos reconocidos en la masa de acreedores.

Aprobado el convenio, resulta de aplicación plena y sin las ataduras del concurso de acreedores la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código civil, aunque sin que ello pueda suponer —en principio— perjuicio alguno para los acuerdos alcanzados en sede concursal, cuyo reflejo registral no se elimina de los bienes inscritos a nombre del concursado. Esta ha sido la doctrina adoptada por el Tribunal Supremo, que recoge la efectiva transformación que supone el paso de la fase de declaración de concurso a la aprobación del convenio y una clara distinción entre créditos concursales (recogidos en el convenio o adheridos a él) y los créditos contra la masa surgidos como consecuencia de la continuación de la actividad del concursado. Así como el impago de los créditos concursales provocaría la rescisión del convenio y la apertura de la liquidación (art. 140 LC), el impago de los créditos contra la masa daría lugar a su reclamación de pago y, si fuera necesario, a la preceptiva ejecución. Propiamente, este impago no podría justificar la acción de incumplimiento del convenio y de apertura de la liquidación del artículo 140 LC, sino la acción de petición de apertura de la fase de liquidación al amparo del artículo 142.2.II LC, cuando constituya uno hecho revelador de la insolvencia del artículo 2.4 LC.

La valoración de si el crédito perseguido estaba integrado dentro de los créditos concursales, a los efectos de examinar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el convenio aprobado, o contra la masa, debió efectuarse por el registrador al calificar el mandamiento que ordenaba la anotación. Dado que la anotación se practicó, debe suponerse que dichos extremos se comprobaron y se entendió que no había obstáculo para su extensión, cuya procedencia, por otro lado, no se ha discutido, quedando el asiento practicado bajo la salvaguarda de los tribunales conforme al artículo 3 de la Ley Hipotecaria, por lo que no hay motivo para no expedir la certificación de cargas indicativa de la continuidad del procedimiento.

Resolución de 3-6-2020
BOE 24-7-2020
Registro de la Propiedad de Escalona.

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: REQUISITOS PARA PRACTICAR LA NOTA MARGINAL DE CONSTANCIA DE LA SITUACIÓN URBANÍSTICA DE LA EDIFICACIÓN.

En cuanto a los otros dos defectos han de ser analizados conjuntamente dado que están íntimamente relacionados entre sí, pues se refieren, en esencia, a si la tramitación seguida en el Ayuntamiento y el contenido final de la resolución

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, pues como recuerda la Resolución de 22 de junio de 2013, la redacción actual del artículo 65 de la Ley de Suelo, es fruto de la modificación operada por el artículo 25 del Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, que bajo el antetítulo de «Protección registral ante títulos habilitantes de obras y actividades» le da nueva redacción con la finalidad expresada en su exposición de motivos de «hacer especial hincapié en las medidas de protección registral cuyo objetivo consiste en la protección preventiva y en la depuración a futuro de situaciones que se producen en la actualidad y que están afectando de manera muy negativa a la inversión en el sector inmobiliario, tanto a nivel interno, como internacional».

Es preciso que en la certificación administrativa, título formal, se contengan unas determinaciones sujetas a calificación registral: expresión del acto administrativo que fundamenta la imposición de condiciones o limitaciones y acuerdo específico de su constancia registral, las condiciones o determinaciones concretas cuya constancia registral se pretende, con expresa referencia a la norma legal o planeamiento que la justifica, específica constancia de la firmeza en vía administrativa del acto —Resolución de 12 de febrero de 2014— descripción indubitada de la finca registral afectada y circunstancias personales del interesado. Es cierto que el artículo 74 dispone que la nota marginal se tomará en virtud de instancia del titular de la finca a la que se acompañe certificación administrativa, mas dicha previsión debe ser entendida conforme a la redacción actual de la Ley de Suelo, la propia naturaleza administrativa del acto a inscribir y la doctrina de este Centro Directivo sobre la calificación registral de documentos administrativos. Por este motivo para tomar razón en el Registro de la Propiedad de condiciones de licencias o de licencias en precario el ordenamiento exige que conste instancia del titular registral o que resulte que el procedimiento ha contado con su audiencia (arts. 74 y 76 del Real Decreto 1093/1997).

Requisito especifico 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. No debe rechazarse tampoco, a estos efectos, la vía administrativa directa, por algunos de los medios que nuestro ordenamiento permite a la Administración, como la ejecución del acto en ejercicio de sus facultades de autotutela declarativa y ejecutiva, siempre que concurran sus presupuestos, se funde en una previa resolución administrativa y se garantice los derechos del interesado en el procedimiento.

A la vista de la legislación urbanística de Castilla-La Mancha, no resulta acertado afirmar, como afirmó el registrador en los defectos tercero y cuarto de su nota de calificación, que el ayuntamiento se haya limitado a indicar que se ha

realizado una actuación clandestina pero falta que «ponga en claro la solución» o que deba «aclararse su régimen jurídico y hacerse constar si ha prescito o no la acción realizada, pudiendo o no el Ayuntamiento adoptar medidas que impliquen la demolición de la obra», pues de la resolución municipal, como se ha visto, sí que resultan concretados tales extremos.

En consecuencia, debe considerarse que la resolución municipal calificada sí puede acceder al Registro de la Propiedad por la vía del artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo y provocar la nota marginal en él prevista porque cumple los requerimientos de concreción mínima que exige dicho artículo, ya que sí que expresa «la concreta situación urbanística de la misma, con la delimitación de su contenido e indicación expresa de las limitaciones que imponga al propietario».

Resolución de 3-6-2020
BOE 24-7-2020
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 6.

PUBLICIDAD FORMAL: INFORMACIÓN SOBRE EL DOMICILIO DE LOS TITULARES REGISTRALES.

La Dirección General de los Registros y del Notariado tenía declarado (*vid.* Instrucción de 5 de febrero de 1987 y resoluciones citadas en el «Vistos»), conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 222 de la Ley Hipotecaria y 332 de su Reglamento, que el contenido del Registro solo se ha de poner de manifiesto a quienes tengan interés en conocer el estado de los bienes o derechos inscritos, y que dicho interés se ha de justificar ante el registrador, que es a quien corresponde apreciar la legitimación del solicitante de la información (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo —Sala Tercera— de 16 de junio de 1990 y de 7 de junio de 2001).

Este interés ha de ser un interés conocido (en el sentido de acreditado o justificado, salvo en los casos de las autoridades, empleados o funcionarios públicos que actúen en razón de su oficio o cargo, en cuyo caso el artículo 221.2 presume dicho interés), directo (en caso contrario se ha de acreditar debidamente el encargo, sin perjuicio de la dispensa prevista en el número 3 del artículo 332 del Reglamento Hipotecario), y legítimo (cfr. art. 332.3 del Reglamento Hipotecario). Ello no significa que el registrador pueda discrecionalmente manifestar el contenido de los asientos registrales, sino que queda bajo su responsabilidad la publicidad del contenido de los asientos. Este principio se fundamentaba, como recordó la Instrucción de esa Dirección General de 27 de enero de 1999, en el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Por lo tanto, aun existiendo interés legítimo en el conocimiento del contenido de los libros del Registro, será el registrador el que decida qué datos, por tener la consideración de sensibles conforme a lo anteriormente expuesto, deberán quedar excluidos de la información suministrada.

Por tanto, en base a los argumentos anteriormente expuestos, debe confirmarse la actuación del registrador al denegar la emisión de la certificación con constancia del domicilio de los titulares registrales, dato personal que carece de transcendencia jurídico-patrimonial, tratándose de un dato de carácter personal carente de protección tabular y ajeno a la finalidad propia de la institución registral y de la publicidad que la misma ofrece, sin que se haya justificado interés legítimo al efecto por el solicitante.

Resolución de 3-6-2020
BOE 24-7-2020
Registro de la Propiedad de Madrid, número 37.

SENTENCIA DICTADA EN REBELDÍA DEL DEMANDADO: REQUISITOS PARA SU INSCRIPCIÓN.

Dictada la sentencia en rebeldía procesal de los demandados, tal y como consta en la propia resolución, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone: «Mientras no sean firmes, o aun siéndolo, no hayan transcurrido los plazos indicados por esta Ley para ejercitar la acción de rescisión de la sentencia dictada en rebeldía, solo procederá la anotación preventiva de las sentencias que, dispongan o permitan la inscripción o cancelación de asientos en Registros públicos». Es decir, aun cuando conste acreditado en tiempo y forma la firmeza de la resolución, es aplicable la doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. resoluciones citadas en los «Vistos») según la cual, cuando una sentencia se hubiera dictado en rebeldía es preciso que, además de ser firme, haya transcurrido el plazo del recurso de audiencia al rebelde. No cabe pues la inscripción, ni siquiera haciendo constar la posibilidad de rescisión.

En la sentencia presentada a inscripción, nada consta sobre el transcurso de los plazos para el ejercicio de la acción de rescisión a que se refieren los artículos 501 y 502 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni sobre la forma ni efectividad de las notificaciones a partir de las cuales se cuentan dichos plazos. Debe recordarse la doctrina emanada de este Centro Directivo respecto de la falta de competencia del registrador para apreciar la posible concurrencia de la mencionada fuerza mayor y por tanto para la fijación del plazo para el ejercicio de la acción de rescisión, cuestión que deberá ser apreciada por el letrado de la Administración de Justicia, correspondiendo por tanto al propio juzgado la determinación del transcurso o no del oportuno plazo de la acción de rescisión.

Resolución de 3-6-2020
BOE 24-7-2020
Registro de la Propiedad de Quintanar de la Orden.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: COMPETENCIA TERRITORIAL. PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA. NOTA DE CALIFICACIÓN: NO ES IMPRESCINDIBLE INFORMAR DE LA POSIBILIDAD DE PEDIR ANOTACIÓN PREVENTIVA POR DEFECTO SUBSANABLE.

Plantea en primer lugar el recurrente que la registradora interina no es competente para conocer de la inscripción de representación gráfica por haberse efectuado una calificación por el anterior registrador titular y alega al efecto el artículo 18 de la Ley Hipotecaria cuando dispone en su último párrafo que «el registrador que calificare un documento conocerá de todas las incidencias que se produzcan hasta la terminación del procedimiento registral». Esta alegación no puede estimarse. En primer lugar, el último párrafo del artículo 18 de la Ley Hipotecaria no puede sacarse de su contexto, que no es otro que el que resulta de los anteriores párrafos que regulan la particular situación que se produce cuando «un Registro de la Propiedad estuviese a cargo de dos o más registra-

dores», situación que no concurre en el caso que nos ocupa. Hay que poner de manifiesto aquí el principio de competencia territorial en el que se fundamenta el sistema registral español, según consagra el artículo 1 de la Ley Hipotecaria. Por otra parte, tampoco se ha producido en el presente caso una previa calificación del anterior titular en lo que a la representación gráfica se refiere. En efecto, la práctica del asiento de inscripción que conllevó una previa calificación positiva, se refirió únicamente al negocio jurídico de compraventa.

Asimismo, del artículo 9 b) de la Ley Hipotecaria resulta que la representación gráfica constituye una circunstancia de la inscripción. Por tanto se precisa un asiento de inscripción, sin que la mera anotación por imposibilidad del registrador surta los efectos propios de una inscripción, ya que su finalidad y efectos se limitan a advertir la pendencia del procedimiento de inscripción de representación gráfica. En este punto debe destacarse que, en contra de lo que afirma erróneamente el recurrente, no se ha cancelado en ningún caso la inscripción de dominio por título de compraventa, por lo que resultan de todo punto improcedentes las afirmaciones relativas a la irregularidad de la cancelación practicada o a que se vulnera el «derecho a registrar la finca adquirida la cual ya constaba inscrita a favor del anterior titular». El único asiento cancelado, en plena coherencia con la calificación, es el asiento provisional de anotación practicado, relativo a la representación gráfica exclusivamente.

El artículo 18 de la Ley Hipotecaria dispone que el plazo máximo para inscribir el documento será de quince días contados desde la fecha del asiento de presentación. Este artículo transcrito no se refiere específicamente al supuesto de tramitación de alguno de los procedimientos previstos en el título VI de la Ley, que se introducen con la Ley 13/2015 de 24 de junio. Sin embargo, es evidente que el inicio del plazo de calificación en estos casos estará supeditado a la finalización de tales procedimientos y de los plazos en ellos contemplados. En el presente caso la calificación (que reiteramos que se refiere a la representación gráfica de la finca y no puede confundirse con la relativa a la inscripción de la compraventa, como hace el recurrente) se emite en fecha 10 de diciembre de 2019, cuando la recepción de la última de las alegaciones del procedimiento tuvo lugar el 28 de noviembre de 2019, por lo que es evidente que la misma se ha emitido dentro del plazo legalmente previsto.

La registradora en su calificación deniega la inscripción de la representación gráfica y consecuentemente cancela la anotación que se refería a dicha representación, pero sin referirse en ningún caso a la inscripción de la compraventa que, desde luego, sí que se encuentra bajo la salvaguarda de los tribunales (art. 1 de la Ley Hipotecaria) y no es cancelable de oficio, incluyendo la rectificación superficial operada.

En relación al contenido formal de la calificación, debe atenderse a lo previsto en el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria, conforme al cual la calificación debe contener «expresa indicación de los medios de impugnación, órgano ante el que debe recurrirse y plazo para interponerlo». No existe precepto alguno en la legislación hipotecaria que prevea que preceptivamente deba constar la información relativa a la posibilidad de solicitar anotación preventiva por defectos subsanables o acerca de la prórroga del asiento de presentación, aunque constituya práctica habitual proporcionar dicha información.

En el presente caso la escritura pública de compraventa ha sido objeto de calificación positiva e inscripción en cuanto al negocio jurídico de compraventa que la misma documenta. Debe destacarse que dicha escritura no contiene ninguna referencia a la representación gráfica de la finca o su inscripción, por lo

que no procede notificar al notario una calificación negativa de una operación que no consta documentada en el título autorizado por él.

El artículo 199 de la Ley Hipotecaria, al regular el expediente registral para la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca y su coordinación con el Catastro, dispone que «a la vista de las alegaciones efectuadas, el Registrador decidirá motivadamente según su prudente criterio, sin que la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes determine necesariamente la denegación de la inscripción». No obstante, como ha reiterado este Centro Directivo, la dicción de esta norma no puede entenderse en el sentido de que no sean tenidas en cuenta tales alegaciones para formar el juicio del registrador. 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. En el caso que nos ocupa, la calificación se fundamenta en los elementos de prueba aportados por los colindantes que se oponen estimando que la representación gráfica facilitada por el interesado puede ser errónea.

Resolución de 3-6-2020
BOE 24-7-2020
Registro de la Propiedad de Escalona.

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

La registración de un exceso de cabida *stricto sensu* solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originalmente registrados.

El artículo 9 de la Ley Hipotecaria, contempla en su apartado b) la posibilidad de incorporar a la inscripción, como operación específica, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices. La incorporación de la representación gráfica a la inscripción tiene como consecuencia que «una vez inscrita la representación gráfica georreferenciada de la finca, su cabida será la resultante de dicha representación, rectificándose, si fuera preciso, la que previamente constare en la descripción literaria» [párrafo séptimo del artículo 9.b) de la Ley Hipotecaria]. En todo caso, será objeto de calificación por el registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca,. Las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 199 y 201 de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 22 de abril, 8 de junio y 10 de octubre de 2016, entre otras).

En el caso de este expediente, el registrador suspende el inicio de la tramitación del expediente previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria por el único motivo de existir una diferencia de superficie desproporcionada, 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 dicha 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. Por ello lo procedente es la estimación del recurso y la tramitación del expediente de inscripción de representación gráfica solicitado.

Resolución de 3-6-2020
BOE 24-7-2020
Registro de la Propiedad de Escalona.

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

La registración de un exceso de cabida *stricto sensu* solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originalmente registrados.

El artículo 9 de la Ley Hipotecaria, contempla en su apartado b) la posibilidad de incorporar a la inscripción, como operación específica, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices. La incorporación de la representación gráfica a la inscripción tiene como consecuencia que «una vez inscrita la representación gráfica georreferenciada de la finca, su cabida será la resultante de dicha representación, rectificándose, si fuera preciso, la que previamente constare en la descripción literaria» [párrafo séptimo del artículo 9.b) de la Ley Hipotecaria]. En todo caso, será objeto de calificación por el registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca. Las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 199 y 201 de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 22 de abril, 8 de junio y 10 de octubre de 2016, entre otras).

En el caso de este expediente, el registrador suspende el inicio de la tramitación del expediente previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria por el único motivo de existir una diferencia de superficie desproporcionada, 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 dicha 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. Por ello lo procedente es la estimación del recurso y la tramitación del expediente de inscripción de representación gráfica solicitado.

Resolución de 3-6-2020
BOE 24-7-2020
Registro de la Propiedad de Escalona.

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

La registración de un exceso de cabida *stricto sensu* solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originalmente registrados.

El artículo 9 de la Ley Hipotecaria, contempla en su apartado b) la posibilidad de incorporar a la inscripción, como operación específica, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices. La incorporación de la representación gráfica a la inscripción tiene como consecuencia que «una vez inscrita la representación gráfica georreferenciada de la finca, su cabida será la resultante de dicha representación, rectificándose, si fuera preciso, la que previamente constare en la descripción literaria» [párrafo séptimo del artículo 9.b) de la Ley Hipotecaria]. En todo caso, será objeto de calificación por el registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca. Las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 199 y 201 de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 22 de abril, 8 de junio y 10 de octubre de 2016, entre otras).

En el caso de este expediente, el registrador suspende el inicio de la tramitación del expediente previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria por el único motivo de existir una diferencia de superficie desproporcionada, 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 dicha 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. Por ello lo procedente es la estimación del recurso y la tramitación del expediente de inscripción de representación gráfica solicitado.

Resolución de 4-6-2020
BOE 30-7-2020
Registro de la Propiedad de Jerez de los Caballeros.

FUERO DEL BAYLÍO: EFECTOS.

¿¿.....??

En los matrimonios sujetos al Fuero de Baylío se origina una comunidad patrimonial, en la que todos los bienes aportados por cualquiera de los cónyuges al matrimonio, antes o después de su, y cualquiera que sea su procedencia

(herencia, donación, compra, etc.), se hacen comunes y corresponden por mitad a cada uno de los cónyuges. Esa comunidad universal de bienes actúa, según la jurisprudencia (Vistos), desde el momento de disolverse la sociedad, pudiendo mientras tanto los cónyuges disponer de los bienes propios con absoluta libertad (Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 3 de abril de 2002); y los efectos del Fuero de Baylío comienzan a la hora de la disolución del matrimonio. Siendo que el matrimonio se disolvió al fallecimiento del primero de los cónyuges —el esposo en este expediente— surge la comunidad en ese momento, y ahora, al adjudicar la herencia de la esposa, los bienes se parten por mitad entre los herederos del cónyuge viudo y los del premuerto. En el caso concreto, sin entrar en la consideración de la naturaleza privativa o ganancial de los bienes, lo que exigiría en este último caso la liquidación de la sociedad conyugal, no intervienen en la escritura presentada ni está acreditado quienes son los herederos del cónyuge premuerto, y, por lo tanto, no puede más que confirmarse la calificación.

Resolución de 4-6-2020
BOE 30-7-2020
Registro de la Propiedad de Cieza, número 2.

PODER OTORGADO FUERA DE ESPAÑA: JUICIO DE EQUIVALENCIA.

La cuestión que se plantea en el presente expediente hace referencia al alcance de la calificación registral de un poder otorgado en Suecia que el notario español juzga suficiente para la autorización de una escritura pública, con expresión del juicio exigido en el artículo 98 de la Ley 24/2001. Conforme al artículo 10.11 del Código civil español «(…) a la representación voluntaria, de no mediar sometimiento expreso, (se aplicará) la ley del país en donde se ejerciten las facultades conferidas». Por lo tanto, tratándose de una representación voluntaria sobre la que no se ha pactado otra cosa y que se va a ejercitar en España, la Ley que regula el ejercicio del poder de representación es la Ley española.

Conforme a la ley que regula la obligación principal [arts. 3 del Reglamento (CE) núm. 593/2008; 10.1 y 10.11 del Código civil], no cabe duda de que el documento público extranjero de apoderamiento, si es equivalente, formal y sustancialmente o bien susceptible de ser adecuado al ordenamiento español, produce en España el efecto requerido conforme a nuestro Derecho para la representación en la compraventa de inmuebles y para la inscripción de la adquisición de estos en el Registro de la Propiedad. La regla de la equivalencia de funciones excluye los documentos extrajudiciales generados en aquellos sistemas en los cuales la intervención de los mismos, aun cualificada, corre a cargo de quienes no tienen encomendada la función, y sin que sea posible en tales supuestos su adecuación mediante la actuación del notario español (art. 57 de la Ley 29/2015, de 30 de junio, de cooperación jurídica internacional en materia civil). En cambio, la misma regla conduce a admitir, principalmente, aquellos documentos en los que haya intervenido el titular de una función pública, nombrado por el Estado para conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos en ellos contenidos, a la que esencialmente responden aquellos documentos formalizados de acuerdo con los principios del notariado de tipo latino-germánico.

Desde la perspectiva formal, la legalización, la apostilla en su caso, cuando no se produzca la excepción de ambos —por ejemplo, en el Reglamento (UE) 2016/1191, en su ámbito de aplicación—, constituyen un requisito para que el

documento autorizado ante funcionario extranjero pueda ser reconocido como auténtico en el ámbito nacional. Sin embargo, ello no obsta para que la actuación de la autoridad a la que se refiere la apostilla deba ser valorada de acuerdo con el principio de equivalencia de funciones que informa el ordenamiento español en esta materia. Como ha reiterado este Centro Directivo, el documento extranjero solo es equivalente al documento español si concurren en su otorgamiento aquellos elementos estructurales que dan fuerza al documento público español.

También ha puesto de relieve este Centro Directivo que este juicio de equivalencia no es lo mismo que el juicio de suficiencia del artículo 98 de la Ley 24/2001, aunque cuando se realiza expresamente este para el acto o negocio que se autoriza implica cabalmente aquel. Y que, siendo juicios distintos, el de suficiencia y el de equivalencia, aquel cuando se produce de forma expresa necesariamente ha de implicar el de que el poder es equivalente. Si el notario español 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, necesariamente deberá haber apreciado su equivalencia conforme al Derecho español (*ex* artículos 56 y 60 de la Ley de cooperación jurídica internacional).

El juicio de equivalencia notarial no tiene por qué ajustarse a fórmulas sacramentales, ni tiene que necesariamente ser expresado en párrafo o frase gramatical separados sino que bastará la reseña del documento extranjero, el nombre y residencia del notario o funcionario autorizante, la existencia de la apostilla o legalización, y que el notario con base en las circunstancias del caso y a su conocimiento de la ley aplicable hiciera constar bajo su responsabilidad «que el poder reseñado es suficiente para el otorgamiento de esta escritura de (…), entendiendo que el mismo es funcionalmente equivalente a los efectos de acreditar la representación en el tráfico jurídico internacional» o fórmulas similares que cuanto más precisas y explícitas sean mayor será su contribución a la certidumbre y seguridad jurídicas.

Por otra parte, aunque —como ha quedado expuesto— el registrador puede en su calificación disentir de la equivalencia apreciada por el notario, esta circunstancia únicamente será motivo impeditivo de la inscripción en caso de que el error en aquella apreciación resulte claramente de una motivación expresa, adecuada y suficiente por parte del registrador, de modo que resulte probado el contenido y vigencia del Derecho extranjero sobre tal extremo.

Resolución de 4-6-2020
BOE 30-7-2020
Registro de la Propiedad de Navahermosa.

REGISTRO DE LA PROPIEDAD: TÍTULOS INSCRIBIBLES.

En el caso ahora analizado, se presenta una sentencia dictada por un Juzgado de lo Mercantil cuyo fallo se limita a acordar la anulación de los acuerdos adoptados por la junta universal de una sociedad anónima que no es titular de ninguna finca en el Registro y que están referidos al cese de administrador único, nombramiento de nuevo administrador único y declaración de titularidad real. En coherencia con ese objeto, la sentencia acuerda la cancelación en el Registro Mercantil de Toledo de cualquier asiento o depósito que se haya producido como consecuencia de los expresados acuerdos, sin hacer mención alguna al Registro de la Propiedad.

Por otro lado, como muy atinadamente señala el registrador en su nota de calificación, tampoco cabe tener en consideración la escritura aportada junto al testimonio de la sentencia porque, aunque en ella se eleva a público un acuerdo de aumento de capital por el que don F.G.G.L. suscribe las nuevas acciones aportando a cambio la titularidad de la finca registral 14663, dicha escritura no fue presentada en el Registro en su día y, en la actualidad, sería imposible su inscripción porque la citada finca ya no aparece inscrita a nombre del citado don F.G.G.L.

Resolución de 4-6-2020
BOE 30-7-2020
Registro de la Propiedad de Corcubión-Muros.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: COINCIDENCIA CON EL CATASTRO. INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: POSIBLE INVASIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

Cabe decir, en primer lugar, que la pretensión de inmatriculación de varias fincas independientes bajo una sola referencia catastral conlleva que no concurra la identidad exigida entre la finca a inmatricular y la parcela catastral (cfr. Resolución de 26 de octubre de 2004) que exige el actual artículo 205 de la Ley Hipotecaria en su párrafo primero, norma que es heredera de la exigencia que se contenía en el hoy derogado artículo 53.siete de la Ley 13/1996 de 30 de diciembre. En cualquier caso, al estar recogidas las tres fincas bajo una sola referencia catastral, en caso de que la voluntad de las partes sea la formación de una única finca discontinua formada por tres porciones separadas no será obstáculo para la inmatriculación la falta de correspondencia con la descripción contenida en la certificación catastral descriptiva y gráfica, pues será precisamente en ese caso cuando exista tal correspondencia.

Tiene razón el recurrente cuando pone de manifiesto que el propio artículo 33.1 de la Ley gallega 5/2019 excluye de los derechos de tanteo y retracto todos los inmuebles incluidos en espacios pertenecientes a la categoría de espacio protegido Red Natura 2000 competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia y en los cuales no concurra otra categoría de las relacionadas en el primer párrafo de ese mismo artículo 33.1. Tampoco resultan tales derechos de tanteo y retracto de la aplicación de la Ley 42/2007. Por lo tanto, no proceden los derechos de tanteo y retracto en favor de la Administración autonómica respecto de las fincas afectadas por la Red Natura 2000, salvo que en la zona en cuestión también concurra alguna otra de las categorías que recoge el primer párrafo del apartado 1 del artículo 33 de la Ley gallega 5/2019. Este último sería el único supuesto en que procedería la necesidad de previa notificación que exige la registradora.

No solo entran en juego los artículos 27 y 28 del vigente texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, sino también lo dispuesto en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual si el registrador tiene 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, como sucede en este caso, debe notificar tal circunstancia a la entidad u órgano competente, acompañando la certifi-

cación 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.

Resolución de 4-6-2020
BOE 30-7-2020
Registro de la Propiedad de Mérida.

PUBLICIDAD FORMAL: REQUISITOS.

Como cuestión previa, de carácter formal, hay que recordar, como ha declarado reiteradamente La Dirección General de los Registros y del Notariado (Resolución de 11 de diciembre de 2017) que, en los recursos, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, solo cabe tener en cuenta los documentos presentados en tiempo y forma, es decir, que hayan sido calificados por el registrador, sin que sea admisible que se aporten al interponer el recurso.

Con arreglo a lo dispuesto en los artículos 221 y 222 de la Ley Hipotecaria y 332 de su Reglamento, el contenido del Registro solo se ha de poner de manifiesto a quienes tengan interés en conocer el estado de los bienes y derechos inscritos y, por tanto, este interés se ha de justificar ante el registrador. En consecuencia, ante una solicitud de publicidad formal, el registrador, debe calificar en primer lugar, si procede o no expedir la información o publicidad formal respecto de la finca o derecho que se solicita, atendiendo a la causa o finalidad alegada; en segundo lugar, deberá valorar la existencia de un interés legítimo, y, en tercer lugar, qué datos y circunstancias de los incluidos en el folio registral correspondiente puede incluir o debe excluir de dicha información.

En relación con el interés legítimo, ha manifestado la Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr. Resolución de 25 de noviembre de 2016, entre otras muchas) que debe ser: a) un interés conocido, en el sentido de acreditado o justificado (a excepción de los casos de autoridades, empleados o funcionarios públicos que actúen por razón de su oficio a los que la legislación hipotecaria presume dicho interés); b) ha de ser un interés directo o acreditar debidamente el encargo sin perjuicio de la dispensa del artículo 332.3 del Reglamento Hipotecario, y c) ha de ser legítimo.

Y si bien es cierto que, como ha señalado la Dirección General de los Registros y del Notariado (*vid.* Resolución de 14 de julio de 2016) en los casos en que el solicitante de la información sea el propio titular registral de la finca, el interés legítimo debe presumirse sin necesidad de más indagaciones respecto de todos los asientos relativos a su finca, ello no dispensa de la aplicación de la citada legislación en materia de protección de datos, debiendo por ello el registrador, como ha señalado la Resolución de reciente cita, adoptar las debidas cautelas respecto de los datos personales de otras personas incluidos en los citados asientos.

En cuanto a la posibilidad de expedir certificaciones relativas a asientos de presentación a solicitud expresa del interesado, se recoge en el artículo 231 de la Ley Hipotecaria, pero también en estos casos es preciso que se justifique un interés legítimo, incluso con más cautela, en los asientos solicitados.

Resolución de 4-6-2020
BOE 30-7-2020
Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 2.

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: ÁMBITO.

Según doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. las resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente), es inscribible el convenio regulador sobre liquidación del régimen económico matrimonial que conste en testimonio judicial acreditativo de dicho convenio, siempre que haya sido aprobado por la sentencia que acuerda la nulidad, separación o el divorcio. Se considera que se trata de un acuerdo de los cónyuges que acontece dentro de la esfera judicial y es presupuesto necesario de la misma sentencia modificativa del estado de casado. Ahora bien, como también tiene declarado esta Dirección General de los Registros y del Notariado (véase, por todas, la Resolución de 25 de octubre de 2005), esa posibilidad ha de interpretarse en sus justos términos, atendiendo a la naturaleza, contenido, valor y efectos propios del convenio regulador (cfr. arts. 90, 91 y 103 CC), sin que pueda servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida.

Pues bien en el caso que nos ocupa existe un decreto del letrado de la Administración de Justicia en la que se declara el divorcio y se aprueba un convenio regulador de sus efectos. Este recoge, integrándolo como parte del mismo —lo reconoce el mismo registrador en su informe—, el acuerdo de liquidación del régimen económico matrimonial entre los hasta entonces cónyuges. Se expide testimonio del decreto, una vez firme, y se presenta ante el Registro de la Propiedad, por lo que no se puede invocar falta de forma pública para practicar la inscripción.

Resolución de 4-6-2020
BOE 30-7-2020
Registro de la Propiedad de Alcalá la Real.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

Para que una demanda sea anotable en el Registro de la Propiedad se requiere, aparte de que la pretensión o alguna de las pretensiones que constituyan su objeto lo permita, que se haya dirigido contra el titular registral de la finca o derecho objeto de la misma. Esta, que es una exigencia del tracto sucesivo registral conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria, supone en definitiva la garantía de que el titular registral no sufra en el propio Registro las consecuencias de una indefensión judicial proscrita por el artículo 24 de la Constitución. Es evidente que, de haber fallecido el titular registral sin que la finca o derecho haya sido previamente adjudicada, aquella exigencia se traduce en la necesidad de que sean demandados todos sus herederos y, en su caso, los demás interesados que en virtud del título sucesorio pudieran ostentar algún derecho sobre la finca o derecho objeto de la anotación.

Resolución de 5-6-2020
BOE 30-7-2020
Registro de la Propiedad de Badajoz, número 3.

HIPOTECA: NÚMERO DE DEPÓSITO DE LA CONDICIONES GENERALES EN EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES.

Respecto de las alegaciones del recurrente sobre falta de motivación jurídica de la calificación, debe tenerse en cuenta que la argumentación en que se fundamenta la calificación es bastante para la tramitación del expediente porque expresa suficientemente la razón que justifica dicha negativa de modo que el interesado ha podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, como lo acredita en este caso el mismo contenido del escrito de interposición, por lo que procede entrar en el fondo del asunto.

En la Instrucción de 13 de junio de 2019 de esta Dirección General, sobre el depósito de condiciones generales de la contratación, y el reflejo del mismo en las escrituras de préstamo y en el Registro de la Propiedad —a la que se remite la reciente Instrucción de este Centro de 20 de diciembre de 2019—, se analizan, entre otras, la siguiente cuestión: la necesidad, o no, de que en cualquier escritura pública de préstamo hipotecario, así como en su inscripción registral, se controle y haga constar que se ha producido el previo depósito de las condiciones generales de la contratación empleadas en la misma. 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. Si bien en el contrato de préstamo debe hacerse constar que las condiciones generales han sido objeto de depósito, y comprobarse por el notario y el registrador que dicho depósito se ha practicado, ello no impide que en la configuración del contrato se hayan acordado modificaciones respecto de esas condiciones generales, lo que es una exigencia de la flexibilidad que la contratación y el tráfico inmobiliario deben tener para adecuarse a las necesidades de las partes en cada caso particular.

En el presente caso son los otorgantes quienes expresan que la entidad prestamista tiene depositadas las condiciones generales del contrato de préstamo en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Pero no consta en la escritura que el notario haya realizado la comprobación de tal extremo. Por ello, debe confirmarse, respecto de esta cuestión, la calificación recurrida.

Resolución de 5-6-2020
BOE 30-7-2020
Registro de la Propiedad de Gandía, número 2.

HIPOTECA: INTERÉS DE DEMORA EN LA LEY 5/2019.

Ciertamente, atendiendo a la interpretación literal y teleológica del artículo 28.3 de la Directiva 2014/17/UE, se podría haber transpuesto mediante una norma que respecto de los préstamos incluidos en el ámbito objetivo de la misma estableciera un tipo de demora legal máximo, imperativo para la entidad prestamista, pero que no impidiera pactar un tipo inferior —o incluso de no pactarse tipo de interés de demora alguno— en beneficio del prestatario, fiador o garante que tenga la consideración de consumidor. No obstante, dicha norma

de la Directiva deja margen a las normas de transposición de la misma para que en el Derecho nacional se establezca un concreto tipo legal de demora que no admita pacto en contrario, logrando así una mayor certeza y seguridad jurídica.

De este modo, frente al régimen general de autonomía de la voluntad dentro de los límites legales en la contratación, el legislador español ha optado por un régimen de exclusión de la misma en materia de intereses de demora, con el fin de evitar cualquier discusión sobre la transparencia o abusividad de la cláusula reguladora de dichos intereses. Se trata, pues, de una decisión de política legislativa que excluye por completo la negociación, y por consiguiente la fijación de un tipo de demora inferior al legal.

Resolución de 5-6-2020
BOE 30-7-2020
Registro de la Propiedad de Madrid, número 25.

PROPIEDAD HORIZONTAL: ALQUILER VACACIONAL.

La LPH atribuye a la junta de propietarios, como órgano colectivo, amplias competencias para decidir en los asuntos de interés de la comunidad (cfr. arts. 14 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal), si bien tratándose de determinados acuerdos (los que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad), solo serán válidos cuando se adopten por los propietarios en los términos previstos en la regla 6 del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, es decir por unanimidad (siquiera sea presunta, como permite la regla 8 de tal precepto); e incluso con el voto en contra de un disidente, si prospera la acción para obtener la sustitución de la unanimidad por vía judicial, en el llamado «juicio de equidad».

No obstante, uno de los supuestos en que la misma ley exceptúa la unanimidad es el contemplado en el apartado 12 del citado artículo 17, que reduce la mayoría necesaria al voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación para adoptar el acuerdo, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, por el que se limite o condicione el ejercicio de lo que se conoce como alquiler o explotación turística de las viviendas. Es indudable que esta nueva norma reduce la mayoría necesaria para adoptar el acuerdo que limite o condicione el alquiler turístico en el marco de la normativa sectorial que regule el ejercicio de la actividad de uso turístico de viviendas y del régimen de usos establecido por los instrumentos de ordenación urbanística y territorial, pero no permite que esa excepción a la norma general de la unanimidad alcance a otros acuerdos relativos a otros usos de la vivienda, como es el mero alquiler vacacional en régimen distinto al específico derivado de la normativa sectorial turística. Por ello, la calificación objeto de impugnación debe ser confirmada.

Resolución de 5-6-2020
BOE 30-7-2020
Registro de la Propiedad de Lorca, número 1.

BIENES GANANCIALES: DISOLUCIÓN DE CONDOMINIO.

Respecto de la naturaleza jurídica de la extinción de comunidad, hay un sector doctrinal que defiende el carácter meramente especificativo de derechos de tal acto,

por lo que, al no implicar un título de transferencia inmobiliaria, no es título público inmatriculable la división de la cosa común (pues afirma que la característica esencial del título público de adquisición es contener un acto de adquisición derivativa). Por otra parte, otro sector doctrinal defiende el carácter traslativo de la disolución.

Frente a las teorías que afirman o niegan rotundamente su carácter traslativo, prevalece en nuestra jurisprudencia una consideración intermedia de la partición. 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 (según la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2011, debe ser calificado de verdadera atribución patrimonial), que lo justifica como título inmatriculador e incide claramente en los aspectos relativos a la capacidad para realizar o formalizar este acto divisorio. Por tanto, no resulta aplicable la norma del apartado 2 artículo 94 del Reglamento Hipotecario, como pretende el recurrente, sino la del apartado 3 del mismo precepto, que exige el consentimiento del consorte o, en su defecto, autorización judicial.

Resolución de 5-6-2020
BOE 30-7-2020
Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 2.

EXPEDIENTE DE REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO: EXPEDICIÓN DE LA 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.

En este sentido tiene la razón el registrador al recordar la doctrina de este Centro Directivo sobre inaplicación del expediente de dominio cuando no hay propiamente interrupción del tracto sucesivo. No puede decirse que exista efectiva interrupción del tracto cuando los promotores del expediente 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 también debe tenerse en cuenta la doctrina de la Dirección General que tiene en cuenta, a efectos de valorar la efectiva interrupción del tracto, la existencia de una extraordinaria dificultad para otorgar la documentación que subsanaría tal falta de tracto (Resoluciones de 19 de septiembre y 7 de diciembre de 2012, 24 de marzo de 2015 y 28 de abril de 2016), debiendo reflejarse por el notario autorizante en el propio acta aprobatoria del expediente, como justificación para la inscripción de la reanudación de tracto.

En definitiva lo procedente es expedir la certificación sin perjuicio de la calificación final que pueda hacer el registrador 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 el registrador conveniente realizar.

Resolución de 5-6-2020
BOE 30-7-2020
Registro de la Propiedad de Algemesí.

OBRA NUEVA: CERTIFICACIÓN DEL TÉCNICO. OBRA NUEVA: PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

La declaración de obra nueva ha sido entendida por la doctrina como un acto voluntario y de administración, si bien de administración extraordinaria ya que predetermina el uso y destino de la finca, que no precisa capacidad para enajenar; una manifestación no recepticia en la que se hace constar haberse terminado o estar en construcción en una finca edificaciones o mejoras y cuya declaración es inscribible en el Registro de la Propiedad. Nos encontramos pues ante un título declarativo, y no ante un título traslativo de la propiedad, en el que el titular dominical del suelo declara la construcción, atribuyéndose, por el principio de accesión, la titularidad de lo construido. Por lo tanto, sus manifestaciones no suponen el nacimiento de obligaciones o derechos respecto a otros intervinientes o respecto de terceros.

Entre los requisitos para la inscripción de la declaración de obra nueva cobra especial relevancia la certificación del técnico competente. Como ha reiterado esta Dirección General, se entiende por certificado técnico aquel documento legal y oficial expedido por quien tiene capacidad y aptitud para ello y en el que, tras haber realizado las labores de estudio, análisis y averiguación oportunas, dicho técnico, que lo expide y suscribe, hace constar la realidad de un hecho o la certeza de un dato. De todo lo anterior procede concluir que, en el caso de la declaración de obra nueva, no puede presumirse que la mera comparecencia del arquitecto en el documento público suponga que asuma como propias y bajo su responsabilidad las manifestaciones efectuadas por el titular que no acredite la capacidad técnica para efectuarlas, dada además la transcendencia de las mismas.

El principio de especialidad registral que determina la necesaria claridad y precisión de los asientos registrales, afecta especialmente a la finca dado el sistema español de folio real. La importancia de la correcta identificación de los linderos es pues manifiesta, no pudiendo omitirse aun cuando no se cuestione la identidad de la finca. Dados los términos de las normas antes citadas no parece que deba relajarse la exigencia de una perfecta identificación de las fincas, máxime cuando acceden como tales por primera vez al Registro, como sucede en la primera inscripción de un régimen de propiedad horizontal constituido, y cuando no existen obstáculos para obtenerla, como es el caso. La subsanación efectuada, con la comparecencia y aquiescencia expresa del Arquitecto Director de la obra, como exclusivo responsable, viene a ratificar la procedencia de la calificación.

Resolución de 5-6-2020
BOE 30-7-2020
Registro de la Propiedad de L'Hospitalet de Llobregat, número 5.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN.

La doctrina más autorizada, con un criterio asumido por este Centro Directivo, señala que, como la decisión del registrador de no practicar asiento de presentación debe ser recurrible, debe aplicarse el mismo recurso que contra una calificación negativa, pues la calificación que deniega el asiento de presentación es una calificación más, y, por tanto, ha de entenderse incluida en el artículo 324 de la Ley Hipotecaria.

Han de ser rechazadas las pretensiones de los recurrentes encaminadas a que, o bien el registrador, o bien esta Dirección General, requieran a determinadas entidades bancarias a fin de que presenten en el Registro los correspondientes títulos que permitan actualizar la titularidad registral de ciertos derechos reales de hipoteca.

El artículo 420.1 del Reglamento Hipotecario, en consonancia con el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, ordena a los registradores no extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral. Este Centro Directivo ha reiterado que la negativa a la práctica de un asiento de presentación solo debe realizarse cuando el documento cuya constancia registral se solicita sea indudablemente de imposible acceso al Registro. Este es el criterio que ha de presidir la interpretación del referido precepto reglamentario, lo que concuerda también con el apartado 3 del mismo artículo 420, que prohíbe extender asiento de presentación de «los demás documentos que por su naturaleza, contenido o finalidad no puedan provocar operación registral alguna».

La rectificación o cancelación 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.

Resolución de 5-6-2020
BOE 30-7-2020
Registro de la Propiedad de Talavera de la Reina, número 3.

PROCEDIMIENTO DE VENTA EXTRAJUDICIAL EN EJECUCIÓN DE HIPOTECA: SUSPENSIÓN.

En el supuesto de este expediente, la calificación peca de inconcreción, pues el mero hecho de recogerse en el acta calificada la interposición de una demanda no implica la imposibilidad de inscripción de la venta extrajudicial, como se verá más adelante, debiendo en su caso expresarse las razones concretas por las que la demanda presentada debe, a su juicio, impedir la inscripción. Tampoco pueden invocarse en el informe preceptos legales distintos a los incluidos en la nota de calificación.

La venta extrajudicial ante notario en cuanto ejecución de un pacto voluntario inter partes, tiene naturaleza bien distinta a la del procedimiento de ejecución

judicial, por lo que la calificación registral tiene el mismo alcance que respecto a los demás documentos notariales, con la particularidad en este caso de que la venta se produce como colofón a un procedimiento estrictamente regulado, de carácter esencialmente registral, dado que al igual que ocurre con las transmisiones voluntarias de inmuebles en la transmisión derivada de la venta extrajudicial el ordenamiento toma precauciones para que la transmisión obedezca a una justa causa que salvaguarde los derechos de los interesados exigiendo un conjunto de formalidades cuya cumplimentación se exige al notario.

Según al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso gubernativo ha de ceñirse a las cuestiones que directa e inmediatamente se relacionen con los defectos expresados en la nota de calificación, por lo que no debe ahora decidirse sobre el hecho de que se haya presentado a inscripción copia del acta notarial en la que consta el cumplimiento de los trámites y diligencias previstos para la ejecución extrajudicial de la hipoteca y no la escritura pública de enajenación del bien hipotecado que ha de otorgarse conforme a los artículos 129 2.e de la Ley Hipotecaria.

Entrando en el fondo del recurso, constituye doctrina reiterada de este Centro Directivo que la facultad del acreedor hipotecario para instar la enajenación forzosa del bien objeto de garantía forma parte del contenido estructural del derecho de hipoteca. La realización del valor del bien hipotecado para su conversión en dinero está sujeta así a estrictos controles de legalidad que tienen como finalidad equilibrar los distintos intereses en juego.

El régimen jurídico actual de la venta extrajudicial de finca hipotecada se encuentra disperso en los distintos textos normativos citados, con el agravante de que existen importantes contradicciones como sucede en la regulación de las notificaciones y subastas. En el supuesto de este expediente la notaria ante la que se tramita la venta extrajudicial ha considerado que la demanda interpuesta no se corresponde con ninguna de las que son susceptibles de provocar la suspensión. Tampoco la registradora en su nota alude al hecho de que la demanda interpuesta hubiera debido provocar tal suspensión, de forma que no debiera haberse producido la adjudicación. En consecuencia, celebrada la subasta y efectuada la adjudicación de la finca, procede su inscripción, con la salvedad hecha en el fundamento 3.º respecto del título hábil, escritura pública, para practicarla, sin perjuicio de que se ventile en el juicio correspondiente, cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular, como señala el artículo 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil antes trascrito. Por otra parte, el demandante puede solicitar anotación de demanda para asegurar el resultado del procedimiento incoado, a este respecto debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 236.l del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 10-6-2020
BOE 31-7-2020
Registro de la Propiedad de Estepona, número 2.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EXTRANJERO: PREFERENCIA DEL CONOCIMIENTO PROPIO DEL REGISTRADOR FRENTE AL ARTÍCULO 92 DEL RH.

Se presenta en el Registro escritura pública por la que unos cónyuges de nacionalidad alemana adquieren «con arreglo a su régimen matrimonial» una

determinada finca urbana. El registrador suspende la inscripción por no manifestarse, conforme al artículo 54 del Reglamento Hipotecario, la proporción en que adquieren los compradores. Afirmado por el registrador que el Derecho alemán es el de participación en las ganancias (1363 y sigs. BGB), como ya ha sido puesto de manifiesto (*vid.* Resolución de 3 de agosto de 2016), está regulado en el Libro Cuarto, Sección Primera, Título sexto 1, artículos 1363 y siguientes del «Bügerliches Gesetzbuch» (BGB, Código civil alemán) disponiendo el número 2.º de dicho artículo que el 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; 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. Queda por determinar si la aplicación del artículo 92 del Reglamento Hipotecario es preferente al conocimiento que pueda tener el registrador de la legislación extranjera. Como ya ha afirmado este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 19 de diciembre de 2003, y 10 de enero, y 4 y 12 de febrero de 2004) el artículo 92 del Reglamento Hipotecario no tiene un carácter preferente.

Si los compradores alemanes, pese a manifestarse en la escritura que adquieren conforme al régimen económico matrimonial legal de su nacionalidad, sin embargo, este no fuera el de participación en las ganancias, hubiese sido preciso que en la escritura se hubieran acreditado estas circunstancias, del mismo modo que cuando los cónyuges han otorgado escritura de capitulaciones matrimoniales modificando el régimen legal, se precisa su acreditación. Por tanto, a falta de la acreditación de tales circunstancias y de cualquier otra afirmación del notario sobre la existencia de un régimen de comunidad, y habida cuenta de la afirmación del registrador en su calificación sobre la aplicación del régimen de participación de ganancias, debe confirmarse dicha calificación.

Resolución de 10-6-2020
BOE 31-7-2020
Registro de la Propiedad de Madrid, número 28.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE TANTEO Y RETRACTO.

El artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos es claro en la regulación del derecho de adquisición preferente: en caso de venta de la finca arrendada tendrá el arrendatario derechos de tanteo y retracto. Por lo tanto, solo el arrendatario y no cualquier ocupante es a quien corresponde el ejercicio de estos derechos. Así, de la escritura resulta que el inmueble está ocupado; que «la parte compradora declara haber comprobado previamente y por sus propios medios la situación ocupacional y arrendaticia», y menciona que existe un procedimiento declarativo 22/2019, del Juzgado de Primera Instancia número 32 de Madrid, sin explicar ni detallar ninguna otra circunstancia del mismo. En la escritura no hay ninguna manifestación relativa a que no haya arrendatarios. Ciertamente, de acuerdo con la documentación presentada en el Registro, no es clara la situación y el título o concepto en virtud del cual se ocupa la vivienda, ni resulta que esté libre de arrendatarios.

Resolución de 10-6-2020
BOE 31-7-2020
Registro de la Propiedad de Illescas, número 3.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE TANTEO Y RETRACTO EN CASOS DE DACIÓN EN PAGO.

Esta Dirección General ha afirmado que la dación en pago no es más que «un contrato oneroso en el que existe cesión de una cosa a cambio de la extinción de una deuda» (*vid.* Resolución de 13 de septiembre de 2012). O dicho en términos más descriptivos y detallados, la dación en pago es un contrato por virtud del cual se transmiten al acreedor determinados bienes o derechos distintos de los debidos y que este acepta voluntariamente como pago de su crédito (art. 1166 CC), transmisión que en cuanto forma de pago puede realizar tanto el deudor como un tercero (cfr. art. 1158 del mismo Código, y Resoluciones de 18 de enero de 1999, y 9, 10, 11 y 12 de julio, y 10 de diciembre de 2007). Se trata, por tanto, de una forma especial de pago por el que el deudor o un tercero, con el consentimiento del acreedor, realiza con finalidad solutoria una prestación distinta de la debida (*aliud pro alio*). Y si bien no pueden ser identificados a todos los efectos ambos negocios jurídicos, pueden aplicarse a la dación en pago en vía de principios, con carácter general y sin perjuicio de ciertas excepciones como la certeza del precio, las normas propias de la compraventa (cfr., por todas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1994, 21 de octubre de 2005, 19 de octubre de 2006 y 1 de octubre de 2009).

En el presente caso en la escritura calificada se manifiesta por los otorgantes que el negocio formalizado es una dación en pago solicitada por los deudores a la entidad de crédito acreedora si bien, por convenirlo así ambas partes, se instrumenta mediante la venta del inmueble a una sociedad íntegramente participada por la acreedora, que cumple las funciones de una sociedad para la gestión de activos conforme al artículo 3 de la Ley 8/2012. Resulta inequívocamente que en la compraventa es esencial el hecho de que mediante la misma se lleva a cabo una dación en pago, si bien caracterizada porque la transmisión del inmueble no se realiza en favor de la entidad acreedora sino de un tercero que es una sociedad íntegramente participada por la acreedora, transmisión en favor de tercero designado por el acreedor amparada en la posibilidad admitida en el Código civil para el pago de las obligaciones en los artículos 1162 y 1163.

En segundo lugar, es también determinante el hecho de que con la dación en pago que se instrumenta mediante la transmisión de la finca a un tercero designado por la entidad acreedora (sociedad íntegramente participada por esta a través de la cual dicha entidad de crédito canaliza la gestión de los bienes inmuebles adquiridos por dación en pago en virtud de lo previsto por la Ley 8/2012, de 30 de octubre) dicha entidad concede una quita a los deudores (por la diferencia entre el precio de mercado fijado mediante tasación y el importe de las deudas hipotecarias) de suerte que quedan liberados de responsabilidad por dichas deudas. Esta circunstancia resulta incompatible con el reconocimiento de derecho de adquisición preferente al arrendatario.

Resolución de 10-6-2020
BOE 31-7-2020
Registro de la Propiedad de Marbella, número 2.

HERENCIA: ACEPTACIÓN TÁCITA DE LA HERENCIA.

El Código civil dispone en su artículo 999 que la aceptación pura y simple de la herencia puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se hace en documento público o privado. Se entiende tácitamente aceptada la herencia cuando resulta de actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar o que no habrá derecho a realizar sin la cualidad de heredero. Como afirmó este Centro Directivo en Resolución de 19 de julio de 2016, se trata de dos supuestos alternativos. Según la jurisprudencia, «para que haya aceptación tácita, es preciso que la actuación del llamado revele de forma clara, precisa e inequívoca la voluntad de aceptar («actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar»), o que sus actos sean incompatibles con la ausencia de la voluntad de aceptar (actos «que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero»)» (Sentencia de Tribunal Supremo 10 de mayo de 2019).

Debe admitirse que la realización de determinados actos dispositivos sobre bienes o derechos de la herencia por el llamado a la misma no comporta necesariamente aceptación tácita si no revelan inequívocamente la voluntad de aceptar y, además, no son actos que únicamente puedan ejecutarse con la cualidad de heredero. A la vista de las anteriores consideraciones, debe concluirse que la subrogación de una sociedad en la posición de arrendatario y titular del derecho de opción de compra de la causante que se formaliza en la escritura calificada —más de dos años después del óbito— implica aceptación tácita de la herencia. Es cierto que el llamado a la sucesión que otorga dicha escritura manifiesta expresamente en ella su voluntad de no aceptar la herencia y que con la subrogación disminuyen las deudas de la misma y puede evitarse la resolución del arrendamiento. Pero estas circunstancias no impiden que la realización de tales actos conlleve la aceptación tácita de la herencia, pues tienen entidad suficiente para considerar que solo pueden ejecutarse asumiendo la cualidad de heredero.

Resolución de 10-6-2020
BOE 31-7-2020
Registro de la Propiedad de Córdoba, número 7.

URBANISMO: OCUPACIÓN DIRECTA. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: INTERPRETACIÓN DE LAS FACULTADES DEL APODERADO.

No obstante la ejecutividad y las presunciones de validez y eficacia de que legalmente están investidos los actos administrativos (cfr. arts. 56 y 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, 38 y 39 de la actual Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común), el artículo 99 del Reglamento Hipotecario faculta al registrador para calificar, respecto de los documentos administrativos, entre otros extremos, la competencia del órgano, la congruencia de la resolución con el procedimiento seguido, los trámites e incidencias esenciales de este, así como la relación del mismo con el título registral y a los obstáculos que surjan con el Registro.

De la doctrina jurisprudencial expuesta puede apreciarse cierta evolución que obliga a matizar el carácter coactivo de la ocupación directa, como lo era en su configuración tradicional, asumiendo que la misma puede presentar un componente voluntario, al menos desde la óptica de la legislación estatal y su interpretación jurisprudencial. En esta línea se enmarca la Ley 2/2012, de 30 de enero, de modificación de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, que viene a modificar el artículo 141 relativo a la obtención de terrenos destinados a dotaciones mediante ocupación directa, en el particular relativo a que la ocupación directa requerirá el acuerdo con el propietario. Lo que plantea la cuestión de si los procedimientos aprobados con anterioridad, como es el caso de este expediente, aunque se formalice después, se sometían a igual exigencia; e incluso cabe plantear si el citado precepto de la Ley 7/2002 antes de su reforma podía adolecer de tacha de inconstitucionalidad por no hacer referencia al necesario acuerdo con el propietario para el pago en forma no dineraria. A esta última cuestión da respuesta la STC 183/2013, de 23 de octubre, en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4965-2011, planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Almería, en relación con el artículo 141.1 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de ordenación urbanística de Andalucía, analizando su compatibilidad con la legislación estatal entonces vigente. En concreto, en esta sentencia, el Tribunal Constitucional, estudia si el artículo 141.1 de la Ley 7/2002, en su redacción original, al no contemplar la necesidad del consentimiento del expropiado para el pago en especie en el caso de proceder a la ocupación directa de los terrenos, se separa del régimen de garantías expropiatorias establecido en la regulación estatal, invadiendo al regular una ocupación directa coactiva la esfera competencial que corresponde al Estado *ex* artículo l49.1.18 CE, por cuanto tales garantías, definidas por relación al entonces vigente artículo 37 LRSV, se omiten en el precepto cuestionado.

Admitida la compatibilidad de la regulación del artículo 141.1 de la Ley 7/2002, en su redacción anterior, con la legislación estatal, queda por responder la primera de las cuestiones planteadas, esto es, si dicho precepto contemplaba como requisito el acuerdo con el propietario para la procedencia de la ocupación directa, que es lo que constituye objeto de este expediente. Al respecto, no cabe soslayar la jurisprudencia que sobre la materia ha venido manteniendo el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Por lo que de la interpretación jurisprudencial expuesta podemos deducir que en los procedimientos de ocupación directa tramitados al amparo del artículo 141 de la Ley 7/2002, en su redacción previa a la reforma por Ley 2/2012, declarada constitucional, es también aplicable la exigencia de que conste el consentimiento del propietario, no para acudir a dicho procedimiento de ocupación directa, sino para poder imponer al titular del bien el pago en especie, como garantía formal impuesta por la normativa estatal. En el caso de la legislación urbanística andaluza, sin embargo, se comparte el criterio de que es preciso que conste el consentimiento del propietario para la ocupación directa de sus terrenos a cambio del reconocimiento de aprovechamiento urbanístico materializable, tanto bajo la vigencia de la actual legislación como la existente antes de la reforma por Ley 2/2012.

La calificación o acreditación de la suficiencia de la representación por parte de los funcionarios de la Administración se rige por las leyes que regulan el procedimiento administrativo (art. 5 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y anterior artículo 32 de la Ley 30/92 LPAC y de RJAP). Es evidente que los interesados pueden actuar en el

procedimiento administrativo por medio de representante, lo que podrá acreditarse mediante cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna de su existencia y que el órgano competente para la tramitación del procedimiento deberá incorporar al expediente administrativo acreditación de dicha condición de representante y de los poderes que tiene reconocidos en dicho momento, de lo cual certificará el Secretario en su función de fedatario legalmente reconocida.

Es claro que el registrador en ejercicio de su función legalmente reconocida debe verificar que el titular registral ha intervenido en el procedimiento, por sí o por representante, a tenor de lo certificado en el expediente, lo que acepta el recurrente. La cuestión es determinar si también puede revisar la valoración de esa representación hecha por el funcionario habilitado mediante la exigencia de aportación del poder y su calificación. A juicio de este Centro Directivo la respuesta debe ser afirmativa. Debe confirmarse la competencia del registrador para calificar la suficiencia las facultades representativas de quien comparece en representación del titular registral en un procedimiento administrativo, lo que podrá valorar a tenor del contenido del propio documento público que contenga el acto inscribible certificado por el secretario o mediante la aportación del propio título legitimador u otro medio fehaciente —artículo 18.1 de la Ley Hipotecaria—.

Podemos concluir que la previsión legal, interpretada de acuerdo a la doctrina expuesta de nuestro Tribunal Supremo, impone que el representante solo puede actuar en la esfera del representado para llevar a cabo actos de riguroso dominio si así consta inequívocamente en el título de la representación voluntaria así como que la determinación de los actos de riguroso dominio que comprende el poder han de ser objeto de una interpretación estricta si bien realizada en el ámbito de la voluntad e intención del poderdante. Por tanto, dados los estrictos términos en que debe interpretarse el contenido del poder para realizar un acto dispositivo como el que se analiza, aunque se otorgue en el marco de un procedimiento administrativo, debe confirmarse en este punto la calificación de la registradora en cuanto al defecto de insuficiencia del poder, lo que será fácilmente subsanable mediante la ratificación expresa de la titular registral.

Resolución de 10-6-2020
BOE 31-7-2020
Registro de la Propiedad de Alicante, número 4.

RECURSO GUBERNATIVO: OBJETO.

El hecho de que el objeto del recurso contra la calificación negativa del registrador no sea el asiento registral sino el propio acto de calificación de dicho funcionario tiene importantes consecuencias, entre ellas que, por imperativo del citado artículo 326 de la Ley Hipotecaria, debe rechazarse en el recurso cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

En el presente caso el recurrente manifiesta su conformidad con los defectos invocados por el registrador y se limita a solicitar la anotación preventiva de la resolución. Pero esta cuestión no es propiamente materia del recurso (cfr. el citado art. 326 de la Ley Hipotecaria), pues —en contra de lo que afirma el recurrente— al presentar las actas calificadas no se manifestó que fuera esa anotación lo único que solicitaba sino que de las mismas resulta que lo que se pretendía era la reinscripción de la finca a nombre del vendedor; y en vía de recurso no cabe subsanar defectos o efectuar la solicitud de constancia en el Registro de algo diferente a lo

que se pretendió con la presentación del título. No obstante, para el caso de que se presentaran de nuevo en el Registro las citadas actas con esa finalidad, debe tenerse en cuenta que tampoco esa pretensión tiene base legal alguna, sin perjuicio de la posibilidad de obtener la correspondiente anotación preventiva de demanda conforme al artículo 42.1.º de la Ley Hipotecaria, si bien es imprescindible para ello que el juzgado o tribunal competente, ante el que lo solicite el interesado, decrete la correspondiente anotación preventiva, lo que no se ha acreditado en el presente caso.

Resolución de 10-6-2020
BOE 31-7-2020
Registro de la Propiedad de Torre-Pacheco.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: DEMANDA Y REQUERIMIENTO DE PAGO AL TERCER POSEEDOR.

De la dicción de los artículos 132 LH y 685 LEC resulta que es necesaria tanto la demanda como el requerimiento de pago al tercer poseedor de los bienes hipotecados que haya acreditado al acreedor la adquisición de sus bienes, entendiendo la Ley Hipotecaria que lo han acreditado aquellos que hayan inscrito su derecho con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, quienes, en virtud del principio constitucional de tutela judicial efectiva, y por aparecer protegidos por el Registro, han de ser emplazados de forma legal en el procedimiento. De conformidad, pues, con esta doctrina constitucional el tercer adquirente debe ser demandado en el procedimiento hipotecario si antes de la interposición de la demanda tiene su título inscrito quedando suficientemente acreditada frente al acreedor (art. 685.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) desde el momento que este conoce el contenido de la titularidad publicada.

Pues bien, de los documentos presentados se infiere que la titular registral de la finca ha sido notificada pero no demandada ni requerida de pago (arts. 685 y 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), no constando tampoco su consentimiento ni la pertinente sentencia firme en procedimiento declarativo entablado directamente contra la misma, como exigen los artículos 1, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria para rectificar o cancelar los asientos registrales, que se encuentran bajo la salvaguardia de los tribunales. Diferente tratamiento ha de darse a un caso como el que ahora se analiza, en el que la inscripción a favor del tercer adquirente se ha producido una vez interpuesta la demanda frente al que hasta entonces era titular registral y con anterioridad a la expedición de la preceptiva certificación de dominio y cargas, momento en que queda consignado registralmente el comienzo del procedimiento, en cuyo caso resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Resolución de 11-6-2020
BOE 31-7-2020
Registro de la Propiedad de Madrid, número 27.

PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS.

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.

Fuera de estos supuestos excepcionales, al ser la modificación de estatutos un acto de la junta como órgano colectivo de la comunidad, debe ser aprobada conforme 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 11-6-2020
BOE 31-7-2020
Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 2.

HERENCIA: DESHEREDACIÓN.

Respecto de la cuestión relativa a la intervención de los hijos de los nietos desheredados, el artículo 857 del Código civil establece que «Los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima». Como ha reiterado la Dirección General de Registros y del Notariado, la privación de eficacia del contenido patrimonial de un determinado testamento exige, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso instado por quien esté perjudicado o interesado en su caso. En consecuencia, no cabe exigir que se acredite la inexistencia de otros descendientes a los designados en el testamento, toda vez que ello conduciría a la ineficacia de todo testamento como título sucesorio si no va acompañado de un acta acreditativa de la inexistencia de otros herederos que los nombrados en el propio testamento, consecuencia esta que aparece contradicha en la propia regulación legal. Por tanto, resultando del testamento del causante que se ha desheredado a la hija y de la escritura y acta notarial posterior, que no hay otros descendientes de ella llamados como legitimarios, existentes al tiempo del otorgamiento del testamento y vivos a la apertura de la sucesión, basta con la manifestación de su inexistencia (manifestación que se ha hecho constar en acta notarial presentada junto con la escrituran de herencia).

Resolución de 11-6-2020
BOE 31-7-2020
Registro de la Propiedad de Sant Feliú de Llobregat, número 2.

HIPOTECA: INTERESES ORDINARIOS Y DE DEMORA.

Como ha puesto de relieve reiteradamente este Centro Directivo (*vid.*, entre las más recientes, las Resoluciones de 26 de noviembre de 2013, 28 de mayo de 2014 y 21 de marzo de 2017), los intereses ordinarios en cuanto retributivos de la concesión del préstamo o crédito tienen un origen contractual. La cobertura hipotecaria no puede cubrir obligaciones no existentes (*vid.* Resolución de 11 de octubre de 2004, por todas), ni puede tener por objeto una obligación distinta a la establecida por las partes o, en su caso, por la Ley. La cobertura hipotecaria de los intereses ordinarios o remuneratorios, y también la de los moratorios, está sujeta a unos límites distintos a los propios derivados de las normas generales del ordenamiento civil, límites que son tanto estructurales, en cuanto propios de cualquier derecho real inscrito, como particulares de la obligación accesoria de intereses por decisión expresa del legislador.

En consecuencia no debe confundirse, a estos efectos, el hecho de que el tipo máximo de los intereses —ordinarios o moratorios— a efectos hipotecarios (de fijación obligatoria y no limitada cuantitativamente, salvo supuestos especiales como el del artículo 114, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria) tenga alcance tanto «inter partes» como «*erga omnes*» en cuanto contribuye a la determinación de la extensión de la cobertura hipotecaria, de modo que más allá de ella no puedan ser satisfechos los intereses devengados directamente con cargo al precio de remate; con que los intereses efectivamente devengados que excedan de tal cobertura, por no existir limitación a efectos obligacionales (que no es necesaria) o por ser la misma superior al tipo hipotecario máximo, sean exigibles en las relaciones personales acreedor—deudor (Resoluciones de 28 de septiembre de 2000, 22 de junio de 2001, 10 de marzo de 2008, 28 de mayo de 2014, 2 de febrero de 2015 y demás citadas en los «Vistos»).

Pero en lo tocante a la configuración de la responsabilidad hipotecaria que garantice los intereses que se puedan devengar por uno u otro concepto y dentro de los límites legales imperativos (arts. 114.2.º y 3.º de la Ley Hipotecaria y 220 del Reglamento Hipotecario), opera la libertad de pacto, la cual puede ejercitarse, bien no garantizando los intereses devengados de un tipo determinado, bien fijando una cobertura en número de años distinta para cada tipo de interés, bien señalando un tipo máximo de cobertura superior a uno respecto del otro, sin que tengan que guardar ninguna proporción ya que estructuralmente nada impide que la garantía de uno u otro tipo de interés sea inferior a los efectivamente devengados, como nada impide que la garantía hipotecaria solo garantice parte de la obligación principal (arts. 1255 y 1826 CC). Por tanto, en sede de intereses variables, el tipo máximo de los intereses moratorios a efectos hipotecarios podrá ser inferior, igual o superior en más de tres puntos al tipo máximo de los intereses remuneratorios a efecto de cobertura hipotecaria pactado.

Resolución de 11-6-2020
BOE 31-7-2020
Registro de San Agustín de Guadalix.

INMATRICULACIÓN POR EXPEDIENTE DE DOMINIO ARTÍCULO 203 LH: CERTIFICACIÓN.

La registradora califica negativamente el expediente de dominio notarial señalando que de la certificación catastral descriptiva y gráfica del inmueble cuya inmatriculación se solicita, no aparecen colindantes, habiéndose considerado por tanto en el expediente como único colindante al Ayuntamiento, sin embargo, de la cartografía catastral resulta que la parcela linda con dos inmuebles y que «a la vista de la cartografía catastral, falta notificar a los titulares catastrales de las parcelas colindantes y a los titulares del dominio y demás derechos reales de los colindantes registrales».

De la cartografía catastral, perfectamente accesible a cualquiera, incluido el notario que tramitó el expediente de dominio y ahora recurre, resulta que la línea que delimita el lindero norte del suelo del inmueble a inmatricular sí que linda con la línea que delimita el lindero sur del subsuelo de otros inmuebles situados al norte.

En una interpretación meramente literal de las reglas tercera y cuarta, separada o desconectada de la regla quinta, parecería que la certificación que ha de solicitar inicialmente el notario y expedir el registrador cumple la redacción legal si se limita a expresar que la finca que se pretende inmatricular no invade, ni siquiera en parte, ninguna ya previamente inmatriculada ni el dominio público, y pudiera guardar silencio acerca de la existencia de fincas inmatriculadas que no resulten invadidas, pero sí colindar con la que se pretende inmatricular. Y que para que el notario y el promotor del expediente de dominio puedan conocer cuáles sean estas fincas colindantes y sus titulares registrales de derechos habría de pedir el notario una segunda certificación. Pero es evidente que una interpretación teleológica o finalista, y atendiendo al contexto y finalidad de la norma y a la integración armónica entre sus distintos apartados, aconseja, y por razones de sentido común y economía procesal exige, que para no dilatar innecesariamente el procedimiento, toda la información registral relevante sobre las fincas colindantes deba estar ya solicitada, o entenderse solicitad, y por tanto, deber ser incluida en la expedición de la primera, y que debiera ser por razones prácticas, única certificación.

Resolución de 11-6-2020
BOE 31-7-2020
Registro de la Propiedad de Zafra.

SEGREGACIÓN DE FINCA: EXIGENCIA DE INSCRIBIR LA BASE GRÁFICA.

Exigida, con carácter preceptivo, la incorporación de la representación gráfica georreferenciada de la finca en los casos de operación de modificación de entidades hipotecarias, plantea la registradora como defecto obstativo a la inscripción el no haberse presentado representación gráfica alternativa de las fincas segregadas y resto, toda vez que la representación gráfica alternativa aportada se refiere únicamente a parte de las fincas, en concreto a la correspondiente a la parcela catastral 193 del polígono 14.

El supuesto especial previsto en el artículo 47 del Reglamento Hipotecario, permite que accedan en diferente momento temporal segregaciones de múltiples porciones, que se han podido formalizar en diversos títulos, así como la inscripción de negocios realizados sobre el resto de una finca, existiendo pendiente de acceder al Registro otras operaciones de segregación. 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. En el caso de este expediente la escritura de segregación se refiere a una porción segregada, quedando un resto, debiendo, por tanto, aportarse la representación gráfica de ambas porciones en cumplimiento de lo previsto en el artículo 9 b) de la Ley Hipotecaria, sin que concurra ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 47 del Reglamento Hipotecario, ni resulte imposibilidad de determinar la porción restante.

Cuestión distinta a la supuesta innecesariedad de aportar una representación gráfica de la finca resto es la de si, en el caso que nos ocupa, tal representación puede entenderse incorporada en el título calificado, considerando que, como se ha dicho, la parcela segregada se integra de una parcela catastral y parte de la parcela 193; y la porción restante por 3 parcelas catastrales y la otra parte de la parcela 193; figurando incorporadas sendas certificaciones catastrales descriptivas y gráficas de las que resultan las representaciones gráficas de las parcelas catastrales completas y un informe de validación catastral en el que se representan las dos porciones de la parcela 193 que corresponden respectivamente a la segregada y al resto. La posibilidad de que la representación gráfica de una finca registral se corresponda con la de varias parcelas catastrales se ha reiterado por la doctrina de este Centro Directivo en base a la Resolución Conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro de 26 de octubre de 2015.

El caso que ha dado pie a la calificación objeto de recurso no encaja en lo previsto en el último párrafo del punto octavo de la Resolución Conjunta, antes transcrito, ya que no nos encontramos ante fincas que solamente tengan varias representaciones gráficas catastrales —con las que puede producirse la coordinación Registro-Catastro— sino ante una combinación de representación gráfica catastral y alternativa que, aunque en teoría permite la delimitación y ubicación georreferenciada de la finca, por sí misma no permite alcanzar la coordinación gráfica ni efectuar las comunicaciones a la Institución Catastral con este fin, previstas en el artículo 10 de la Ley Hipotecaria y en la repetida Resolución Conjunta, sin antes elaborar una representación gráfica única comprensiva de las aportadas, labor que no compete al registrador.

Resolución de 11-6-2020
BOE 31-7-2020
Registro de la Propiedad de Sant Feliú de Llobregat, número 2.

HIPOTECA: INTERESES ORDINARIOS Y DE DEMORA.

Como ha puesto de relieve reiteradamente este Centro Directivo (*vid.*, entre las más recientes, las Resoluciones de 26 de noviembre de 2013, 28 de mayo de 2014 y 21 de marzo de 2017), los intereses ordinarios en cuanto retributivos de la concesión del préstamo o crédito tienen un origen contractual. La cobertura hipotecaria no puede cubrir obligaciones no existentes (*vid.* Resolución de 11 de

octubre de 2004, por todas), ni puede tener por objeto una obligación distinta a la establecida por las partes o, en su caso, por la Ley. La cobertura hipotecaria de los intereses ordinarios o remuneratorios, y también la de los moratorios, está sujeta a unos límites distintos a los propios derivados de las normas generales del ordenamiento civil, límites que son tanto estructurales, en cuanto propios de cualquier derecho real inscrito, como particulares de la obligación accesoria de intereses por decisión expresa del legislador.

En consecuencia no debe confundirse, a estos efectos, el hecho de que el tipo máximo de los intereses —ordinarios o moratorios— a efectos hipotecarios (de fijación obligatoria y no limitada cuantitativamente, salvo supuestos especiales como el del artículo 114, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria) tenga alcance tanto «inter partes» como «*erga omnes*» en cuanto contribuye a la determinación de la extensión de la cobertura hipotecaria, de modo que más allá de ella no puedan ser satisfechos los intereses devengados directamente con cargo al precio de remate; con que los intereses efectivamente devengados que excedan de tal cobertura, por no existir limitación a efectos obligacionales (que no es necesaria) o por ser la misma superior al tipo hipotecario máximo, sean exigibles en las relaciones personales acreedor-deudor (Resoluciones de 28 de septiembre de 2000, 22 de junio de 2001, 10 de marzo de 2008, 28 de mayo de 2014, 2 de febrero de 2015 y demás citadas en los «Vistos»).

Pero en lo tocante a la configuración de la responsabilidad hipotecaria que garantice los intereses que se puedan devengar por uno u otro concepto y dentro de los límites legales imperativos (arts. 114.2.º y 3.º de la Ley Hipotecaria y 220 del Reglamento Hipotecario), opera la libertad de pacto, la cual puede ejercitarse, bien no garantizando los intereses devengados de un tipo determinado, bien fijando una cobertura en número de años distinta para cada tipo de interés, bien señalando un tipo máximo de cobertura superior a uno respecto del otro, sin que tengan que guardar ninguna proporción ya que estructuralmente nada impide que la garantía de uno u otro tipo de interés sea inferior a los efectivamente devengados, como nada impide que la garantía hipotecaria solo garantice parte de la obligación principal (arts. 1255 y 1826 CC). Por tanto, en sede de intereses variables, el tipo máximo de los intereses moratorios a efectos hipotecarios podrá ser inferior, igual o superior en más de tres puntos al tipo máximo de los intereses remuneratorios a efecto de cobertura hipotecaria pactado.

Resolución de 11-6-2020
BOE 31-7-2020
Registro de la Propiedad de Pola de Siero.

HERENCIA: FACULTADES DEL CONTADOR PARTIDOR. ACTA DEL ARTÍCULO 153 RN: INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA.

En cuanto al primero de los defectos advertidos en la nota de calificación, consistente en la falta de previa inscripción a favor de la causante, constando inscrita en el Registro la finca sobre la que se declara la obra nueva objeto de posterior división horizontal, a favor de la misma y su cónyuge con carácter ganancial, su resolución debe plantearse partiendo del principio de tracto sucesivo, que se plasma desde el punto de vista normativo en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, y que es uno de los principios básicos en los sistemas registrales

de folio real y, por tanto, del nuestro, imponiendo el enlace entre las sucesivas titularidades de los derechos inscritos. En consecuencia, y en tanto se acredite debidamente la existencia de esa alegada aceptación tácita, debería considerarse en principio, a efectos registrales, tal como se afirma en la nota de calificación del registrador, que tiene lugar en favor de los herederos de la causante, la transmisión del *ius delationis* que a esta correspondía respecto de la herencia de su marido premuerto (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de enero de 1998).

Como regla general, la liquidación de la sociedad conyugal disuelta por fallecimiento de uno de los cónyuges compete en exclusiva al viudo y a la totalidad de los herederos del cónyuge premuerto, actuando por unanimidad. No obstante, se ha admitido por razones puramente prácticas, que el contador-partidor (en el caso del presente expediente, el albacea nombrado) pudiera hacer como operación preparticional, la liquidación de la sociedad conyugal con intervención del cónyuge viudo. Respecto a la necesidad de la previa liquidación de la sociedad de gananciales disuelta, como operación preparticional, debemos señalar que, con carácter general, para determinar el haber hereditario, es necesaria la previa liquidación de la sociedad de gananciales, lo que supone la de las relaciones crédito-deuda entre los bienes comunes y los privativos de los esposos, ya que solo después de tal liquidación es posible determinar el caudal partible y hacer inventario de los bienes. No obstante, como ya señalara este Centro Directivo en las Resoluciones de 20 de julio y 1 de octubre de 2007, hay casos, en los que concurriendo todos los interesados —cónyuge viudo y herederos de los causantes en su caso— a dar cumplimiento a una disposición testamentaria, no resultaría necesario, aunque el bien que se pretenda inscribir aparezca inscrito como ganancial, determinar previamente mediante la liquidación formal de la sociedad de gananciales, qué participación del mismo correspondería a cada interesado.

Diversas Resoluciones de este Centro Directivo, muy especialmente la de 30 de diciembre de 1916 y otras posteriores que siguieron el mismo criterio, expresaron que en el caso del artículo 891 del Código civil los legatarios ocupan el lugar de los herederos, transformándose las cuestiones de representación del causante en problemas de liquidación del patrimonio, que hacen innecesaria la intervención de sucesores a título universal y absurda la exigencia de una declaración de herederos para el limitado fin de entregar los bienes relictos. La propia legislación hipotecaria se ajusta a los anteriores planteamientos, conclusión a la que se llega claramente a la vista de lo dispuesto en el artículo 81.d) del Reglamento Hipotecario.

La Resolución de 26 de noviembre de 2004 ya afirmó que ningún obstáculo habría para admitir que el contador-partidor (en nuestro caso el albacea, dada la equiparación existente entre ambas figuras para estos actos, máxime cuando el albacea, en el título calificado no lleva a cabo operaciones particionales, estando la herencia de la causante íntegramente distribuida en legados de cosa específica y determinada) está facultado para formalizar el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal. En consecuencia, como acto preparatorio imprescindible para ejecutar la voluntad testamentaria, es evidente que, en el caso de este expediente, entre las facultades que corresponden al albacea está comprendida la de dividir horizontalmente el edificio.

Cabe compartir el criterio del registrador y concluir en que no cabe inscribir una disminución de cabida sobre una finca registral so pretexto de existir operaciones de modificación de entidades hipotecarias que no han te-

nido acceso al Registro, que conduciría a una desinmatriculación de terrenos, sin perjuicio de aplicar la regla contenida en el artículo 47 del Reglamento Hipotecario.

Es también doctrina reiterada de esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 13 de junio y 5 de septiembre de 2012 y 21 de marzo de 2015), que la posibilidad de rectificación por el notario por sí solo, dado que no concurren las partes interesadas a la rectificación, debe ser interpretada con carácter restrictivo, ya que si bien el notario puede proceder a la subsanación de meros errores materiales que se hayan producido con ocasión de la redacción de la escritura, o que resulten claramente de los antecedentes obrantes en su haber o de lo acontecido en su presencia con ocasión de la firma del instrumento público, lo que no puede hacer en ningún caso es sustituir la voluntad de los otorgantes. Así pues, esta facultad de rectificación por el notario, sin la concurrencia de los otorgantes o sus causahabientes, ha de ser en todo caso, objeto de interpretación restrictiva.

Resolución de 11-6-2020
BOE 31-7-2020
Registro de la Propiedad de Almuñécar.

SENTENCIA DICTADA EN JUICIO ORDINARIO: REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO. RECTIFICACIÓN DE REGISTRO: REQUISITOS.

Se ha sostenido que, aunque la demanda se haya dirigido contra el titular registral, la sentencia dictada en procedimiento declarativo solo valdrá para reanudar el tracto en el supuesto en que aparecieran como demandados los titulares registrales, quienes de ellos adquirieron y todos los titulares intermedios hasta enlazar con la titularidad del demandante. Las consideraciones efectuadas en los anteriores fundamentos jurídicos se ven confirmadas tras la reforma operada en la Ley Hipotecaria por la Ley 13/2015, de 24 de junio. Ahora bien, el presupuesto para que sea aplicable la tesis expuesta es que haya una efectiva interrupción del tracto. En el supuesto de este expediente, tal interrupción no se ha producido, pues la cadena de títulos públicos intermedios aparece claramente determinada y es completa.

Tratándose de un error, la rectificación no implica que deban aparecer como demandados quienes ya no ostentan derechos vigentes sobre la finca, a diferencia de lo que sucede en la reanudación de tracto, pues las sucesivas transmisiones ya tuvieron su reflejo en el Registro, sin que sea necesario intentar justificar la adquisición de los titulares intermedios, además en la sentencia se refleja que el error se cometió también en los sucesivos títulos de transmisión. Por último, en cuanto a la forma de reflejar en el Registro la rectificación derivada de la sentencia, nada impide que en cumplimiento del fallo judicial se proceda al traslado del historial registral de la finca registral 1374 que erróneamente se recogió en los títulos al de la finca 1376 que efectivamente fue objeto de transmisión, de forma que la primera quede inscrita a favor de la sociedad demandada, ya que se consignó erróneamente como objeto de transmisión.

Resolución de 11-6-2020
BOE 31-7-2020
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 13.

RECURSO GUBERNATIVO: OBJETO.

El recurso plantea dos peticiones, ninguna de las cuales puede ser atendida. En primer lugar, solicita la declaración de nulidad de una determinada inscripción registral. Es doctrina reiterada de esta Dirección General que solo cabe interponer recurso ante este Centro Directivo cuando el registrador califica negativamente el título, sea total o parcialmente. Es igualmente doctrina reiterada que, una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud, bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria).

Por lo que respecta a la petición recogida en el escrito de recurso para que esta Dirección General requiera a una determinada Entidad a fin de que aporte títulos inscribibles para que se practique su oportuna inscripción, debe recordarse que conforme a lo establecido en el primer párrafo del artículo 1 de la Ley Hipotecaria: «El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles». En nuestro sistema registral rige el principio de voluntariedad de la inscripción.

Resolución de 12-6-2020
BOE 31-7-2020
Registro de la Propiedad de San Sebastián, número 6.

SOCIEDAD DE GANANCIALES: PACTOS ENTRE LOS CÓNYUGES PARA ALTERAR EL CARÁCTER DE LOS BIENES.

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. El propio artículo 1355 —al permitir que los cónyuges atribuyan carácter ganancial a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, con independencia de cuál sea la procedencia y la forma y plazos de satisfacción del precio o contraprestación— se encuadra dentro de ese amplio reconocimiento de la autonomía privada, y constituye una manifestación más del principio de libertad de pactos que se hace patente en el mencionado artículo 1323. Precisamente la aplicación de este principio hace posible también que, aun cuando no concurran los presupuestos de la norma del artículo 1355, los cónyuges atribuyan la condición de gananciales a bienes que fueran privativos.

Ciertamente, según la referida doctrina de este Centro Directivo, los elementos constitutivos del negocio por el que se produce el desplazamiento entre los patrimonios privativos y el consorcial han de quedar precisados debidamente, también respecto de la causa de la transferencia patrimonial, que no puede presumirse a

efectos registrales. Ahora bien, como se indicó en la referida Resolución de 22 de junio de 2006, dicha exigencia de especificación causal del negocio ha de ser interpretada en sus justos términos. En este sentido, se ha considerado suficiente que se mencione la onerosidad o gratuidad de la aportación, o que la misma resulte o se deduzca de los concretos términos empleados en la redacción de la escritura.

Este Centro Directivo ha admitido que los cónyuges pueden atribuir carácter privativo a un bien ganancial, pacten o no compensación a cargo de los bienes privativos y siempre que el desplazamiento pactado aparezca causalizado (cfr. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de septiembre de 1990, 21 de enero de 1991 y 30 de julio de 2018). Como puso de relieve este Centro en Resolución de 30 de julio de 2018, el pacto de privatividad siempre será admisible si bien será necesaria su causalización, tanto en los supuestos en que sea previa o simultánea a la adquisición, como en los casos en que sea posterior, sin que ello signifique que haya que acudir a contratos de compraventa o donación entre cónyuges. Ahora bien, como se indicó en la referida Resolución de 22 de junio de 2006, dicha exigencia de especificación causal del negocio ha de ser interpretada en sus justos términos. En este sentido, se ha considerado suficiente que se mencione la onerosidad o gratuidad de la aportación, o que la misma resulte o se deduzca de los concretos términos empleados en la redacción de la escritura.

Resolución de 12-6-2020
BOE 31-7-2020
Registro de la Propiedad de Alcalá de Guadaíra, número 1.

HERENCIA: TESTAMENTO PARTICIONAL. HERENCIA: FACULTADES DE LOS HEREDEROS PARA HACER LA ENTREGA DE LOS LEGADOS.

Es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado (*vid.* «Vistos») que es preciso diferenciar la partición propiamente dicha de las llamadas normas de la partición. La partición hecha por el testador, propiamente dicha, es aquella en que el testador procede a adjudicar directamente los bienes a los herederos, y en buena lógica implicaría la realización de todas las operaciones particionales —inventario, liquidación, formación de lotes con la adjudicación de los mismos—, mientras que en las normas para la partición el testador se limita a expresar su voluntad de que, cuando se lleve a cabo la partición, determinados bienes se adjudiquen en pago de su haber a ciertos herederos que indique.

En el supuesto concreto de este expediente, no se formula inventario alguno ni se mencionan ni adjudican de forma directa, aunque sea parcialmente, bienes determinados, sino que se realizan determinados legados específicos. Solo se ordenan unos legados de los cuales uno de ellos es a favor de los propios herederos. La calificación no cuestiona la necesidad de concurrencia de herederos para la entrega de los legados, que en el supuesto concreto se da ya que intervienen los herederos, sino la necesidad de la concurrencia de todos los legatarios para la segregación que se practica.

Al ordenar dos 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, como se ha dicho, cuando el

legado es de cosa específica y determinada, los legatarios adquieren su propiedad desde la muerte del testador. Si se admite que el albacea contador-partidor pueda segregar o dividir las fincas del causante como acto previo a la partición, con más razón debe reconocerse la misma facultad al heredero o a los herederos (que suceden al causante en todos sus derechos y obligaciones) como acto previo a la entrega de legados que por ley les corresponde. Lo que sucede en el presente caso es que, al concurrir en tales herederos la condición de colegatarios respecto de la finca que es objeto de segregación para adjudicarse o entregarse dos de las parcelas resultantes y la parte resto de la finca matriz entre los comparecientes, entendiéndose cumplida con ello la entrega del primer legado ordenado por la causante, sin intervención de los restantes colegatarios existe un evidente conflicto de intereses entre ellos.

Resolución de 12-6-2020
BOE 31-7-2020
Registro de la Propiedad de Pola de Siero.

HIPOTECA: APLICABILIDAD DE LA LEY 5/2019 A LOS PRÉSTAMOS CONCEDIDOS A EMPLEADOS DEL PRESTAMISTA. HIPOTECA: INTERPRETACIÓN DEL LÍMITE DE LOS INTERESES DE DEMORA PREVISTO EN EL 114 DE LA LEY HIPOTECARIA CUANDO NO ES APLICABLE LA LEY 5/2019

El artículo 2.4, en su letra a), de la Ley 5/2019 establece que la misma no será de aplicación a los contratos de préstamo «concedidos por un empleador a sus empleados, a título accesorio y sin intereses o cuya Tasa Anual Equivalente sea inferior a la del mercado, y que no se ofrezcan al público en general». La primera cuestión dudosa que se plantea es el concepto del «título accesorio» de la concesión de estos préstamos. Lo decisivo para que la excepción legal resulte aplicable es que el contrato se conceda con esa finalidad atípica, de proporcionar al trabajador una retribución adicional, y que por tanto no se conecte de forma inmediata con la obtención por el banco de un beneficio o excedente mediante el préstamo y su ulterior devolución. Por consiguiente, son las características objetivas del préstamo las que determinan la aplicabilidad de esta excepción. Y esas características se desprenden de sus condiciones materiales. Así, el hecho de que el préstamo se conceda a un empleado en aplicación de lo acordado en el convenio colectivo del sector o de la política laboral de la empresa, y así se indique en la escritura, debe ser suficiente —aunque no necesario— para acreditar su condición de préstamo exceptuado. Por otra parte, no parece imprescindible que el clausulado del préstamo se aparte del habitual empleado para los préstamos ordinarios concedidos por la entidad. Por otra parte, la condición de pareja de hecho se puede ordinariamente acreditar mediante la inscripción en el correspondiente registro, pero no es este el único procedimiento posible a tal efecto: esa inscripción produce efectos en la esfera administrativa, pero no en la civil o mercantil, por lo que debe también bastar con la manifestación motivada de la condición de pareja de hecho de los dos otorgantes.

Debe por otra parte apuntarse que en estos préstamos es frecuente que se pacte que, en el supuesto de que el prestatario dejara de ser empleado de la entidad concedente, dejen de ser de aplicación las condiciones privilegiadas acordadas, quedando el préstamo sujeto a otras, análogas a las del público en general. Para el supuesto de que se estableciera tal pacto, debe entenderse que las condiciones

sustitutivas sí quedarían sujetas a las citadas condiciones o limitaciones imperativas de la ley, pero que no debe ser preciso el otorgamiento del acta previa.

Hechas estas consideraciones previas, debe determinarse si en el presente caso el préstamo formalizado en la escritura calificada comporta por parte de la sociedad prestamista —como sostiene el registrador— el ejercicio profesional de la actividad de concesión de préstamos, con los elementos objetivos y subjetivos que determinan la aplicación de la Ley 2/2009. Este criterio no puede ser confirmado, si se tiene en cuenta el ámbito de aplicación de la citada Ley 2/2009. El tipo de interés legal de demora en los préstamos hipotecarios a que se refiere el citado artículo 114 de la Ley Hipotecaria en el caso concreto ahora analizado debe ser interpretado atendiendo a la interpretación literal y teleológica de la Directiva 2014/17/UE, como un tipo legal máximo respecto de la entidad prestamista, pero no respecto del prestatario que tenga la consideración de consumidor. Carecería de sentido la finalidad de protección de la Directiva 93/13/CEE frente a cláusulas abusivas si no existiera la posibilidad para el consumidor de reducir el tipo máximo del interés de demora fijado por la ley o incluso de no pactarse tipo de interés de demora alguno. No parece que la Directiva 2014/17/UE haya querido modificar el nivel de protección del consumidor establecido en la Directiva 93/13/CEE, por lo que el artículo 114, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria (modificado, como se ha expuesto, por disposición final primera, apartado «Dos» de la Ley 5/2019) en un supuesto como el presente excluido de la aplicación de dicha Ley 5/2019, y teniendo en cuenta que se trata de un norma relativa a la responsabilidad que por intereses de demora puede garantizar la hipoteca, debe interpretarse entendiendo que, al establecer un tipo legal de demora, se excluye la fijación del interés moratorio de la posibilidad de negociación de los particulares en perjuicio del consumidor. En consecuencia debe concluirse que, en un caso como el presente, el carácter imperativo del artículo 114, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria, y concretamente la prohibición de pacto en contrario en materia de intereses de demora están referidos a la forma de cálculo del interés de demora, a la prohibición de capitalización y al tipo máximo fijado por la ley, tipo que —en caso de préstamos hipotecarios con consumidores— regirá en defecto de cláusula expresa más favorable en beneficio del consumidor.

Resolución de 12-6-2020
BOE 31-7-2020
Registro de la Propiedad de San Sebastián, número 2.

SOCIEDAD DE GANANCIALES: PACTOS ENTRE LOS CÓNYUGES PARA ALTERAR EL CARÁCTER DE LOS BIENES.

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. El propio artículo 1355 —al permitir que los cónyuges atribuyan carácter ganancial a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, con independencia de cuál sea la procedencia y la forma y plazos de satisfacción del precio o contraprestación— se encuadra dentro de ese amplio reconocimiento de la autonomía privada, y constituye una manifestación

más del principio de libertad de pactos que se hace patente en el mencionado artículo 1323. Precisamente la aplicación de este principio hace posible también que, aun cuando no concurran los presupuestos de la norma del artículo 1355, los cónyuges atribuyan la condición de gananciales a bienes que fueran privativos.

Ciertamente, según la referida doctrina de este Centro Directivo, los elementos constitutivos del negocio por el que se produce el desplazamiento entre los patrimonios privativos y el consorcial han de quedar precisados debidamente, también respecto de la causa de la transferencia patrimonial, que no puede presumirse a efectos registrales. Ahora bien, como se indicó en la referida Resolución de 22 de junio de 2006, dicha exigencia de especificación causal del negocio ha de ser interpretada en sus justos términos. En este sentido, se ha considerado suficiente que se mencione la onerosidad o gratuidad de la aportación, o que la misma resulte o se deduzca de los concretos términos empleados en la redacción de la escritura.

Este Centro Directivo ha admitido que los cónyuges pueden atribuir carácter privativo a un bien ganancial, pacten o no compensación a cargo de los bienes privativos y siempre que el desplazamiento pactado aparezca causalizado (cfr. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de septiembre de 1990, 21 de enero de 1991 y 30 de julio de 2018). Como puso de relieve este Centro en Resolución de 30 de julio de 2018, el pacto de privatividad siempre será admisible si bien será necesaria su causalización, tanto en los supuestos en que sea previa o simultánea a la adquisición, como en los casos en que sea posterior, sin que ello signifique que haya que acudir a contratos de compraventa o donación entre cónyuges. Ahora bien, como se indicó en la referida Resolución de 22 de junio de 2006, dicha exigencia de especificación causal del negocio ha de ser interpretada en sus justos términos. En este sentido, se ha considerado suficiente que se mencione la onerosidad o gratuidad de la aportación, o que la misma resulte o se deduzca de los concretos términos empleados en la redacción de la escritura.

Resolución de 12-6-2020
BOE 31-7-2020
Registro de la Propiedad de Madrid, número 22.

SOCIEDADES MERCANTILES: ACTIVOS ESENCIALES.

Aun cuando no se puede afirmar que constituyan actos de gestión propia de los administradores la adquisición, enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales, debe tenerse en cuenta que el carácter esencial de tales activos escapa de la apreciación del notario o del registrador, salvo casos notorios —y aparte el juego de la presunción legal si el importe de la operación supera el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado—. Por ello, es muy difícil apreciar a priori si un determinado acto queda incluido o no en el ámbito de facultades conferidas a los representantes orgánicos de la sociedad o, por referirse a activos esenciales, compete a la junta general; y no puede hacerse recaer en el tercero la carga de investigar la conexión entre el acto que va a realizar y el carácter de los activos a los que se refiere. Cabe concluir, por tanto, que aun reconociendo que, según la doctrina del Tribunal Supremo transmitir los activos esenciales excede de las competencias de los administradores, debe entenderse que con la exigencia de esa certificación del

órgano de administración competente o manifestación del representante de la sociedad sobre el carácter no esencial del activo, o prevenciones análogas, según las circunstancias que concurran en el caso concreto, cumplirá el notario con su deber de diligencia en el control sobre la adecuación del negocio a legalidad que tiene encomendado; pero sin que tal manifestación pueda considerarse como requisito imprescindible para practicar la inscripción, en atención a que el tercer adquirente de buena fe y sin culpa grave debe quedar protegido también en estos casos (cfr. art. 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital); todo ello sin perjuicio de la legitimación de la sociedad para exigir al administrador o apoderado la responsabilidad procedente si su actuación hubiese obviado el carácter esencial de los activos de que se trate.

En el presente caso, es cierto que la redacción de la escritura en el extremo objeto de debate podría haber sido más precisa, pero si a la interpretación literal de los términos empleados se añade la que atiende al contexto del documento no hay duda de que lo que está expresando el administrador es que no es necesaria la autorización de la junta general porque no se compran activos esenciales.

Resolución de 12-6-2020
BOE 31-7-2020
Registro de la Propiedad de San Lorenzo de El Escorial, número 3.

HIPOTECA: APORTACIÓN A UN FONDO DE TITULACIÓN.

En el caso que nos ocupa ahora, es claro que una instancia privada, como documento privado, cualquiera que fuera su contenido, queda conceptualmente excluida la posibilidad de que pueda quedar sujeto a la modalidad gradual del impuesto de actos jurídicos documentados que grava determinadas escrituras públicas. En consecuencia, siendo evidente la no sujeción del documento a ninguno de los citados impuestos, carece de fundamento la decisión de la registradora de suspender su calificación «por no acreditarse el pago, la exención o la no sujeción a los impuestos correspondientes» y en este punto debe ser revocada la nota de calificación.

Por la misma razón, con resultado contrario, debe ser confirmado el segundo defecto de la nota de calificación. La documentación presentada (instancia privada y testimonio notarial parcial acreditativo de que existen referencias al préstamo hipotecario en la escritura de constitución del fondo) no es título material ni formal adecuado para proceder a la inscripción de la cesión de un derecho de hipoteca. El Registro de la propiedad se caracteriza por la exigencia de titulación auténtica, por lo que se exige como regla general la aportación de un documento público para poder practicar cualquier constitución, modificación, transmisión o extinción de derechos reales (art. 3 de la Ley Hipotecaria). Tratándose de titulación notarial solo son inscribibles las copias autorizadas de escrituras y actas, y no los testimonios, aunque sean instrumentos públicos. Por tanto, lo que debería aportarse es la copia auténtica de la escritura de constitución del fondo de titulización.

Dispone en efecto el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que «para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos. Y en el caso de resultar inscrito

aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada». Pero esta doctrina debe entenderse cumplida si el derecho real figura inscrito a favor de quien sucedió a título universal por vía de fusión del otorgante del título cuya inscripción se pretende. No se puede alegar que el titular registral actual de la hipoteca no sea el mismo que realizó la titulización hipotecaria pues en la fusión se produce una transmisión en bloque del patrimonio, con todo su activo y pasivo.

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, pero conserva por Ley la titularidad registral y sigue 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. No se trata, por tanto, de un supuesto de una cesión de contrato que exija el consentimiento del deudor, sino de una cesión de créditos; ni tampoco se trata de un pago por tercero que libere al deudor, pues el que paga adquiere acción ejecutiva contra este, por lo que no puede hablarse de extinción de la obligación por disposición de la ley, ni tampoco de sus derechos accesorios como el derecho real de hipoteca.

En conclusión, la transmisión de la cartera hipotecaria a los fondos de titulización no necesita de inscripción registral puesto que los artículos 17 y 22 de la Ley 5/2015, que regula la transmisión de activos (participaciones hipotecarias o certificados de transmisión de hipoteca, entre otros) a los fondos de titulización, la exigen. Pero, hoy en día, nada impide su inscripción, aunque la cesión sea en favor de fondos de titulización sin personalidad jurídica, ya que según el artículo 16.3 de la citada Ley 5/2015, «se podrá inscribir en el Registro de la Propiedad el dominio y los demás derechos reales sobre los bienes inmuebles pertenecientes a los fondos de titulización». Ahora bien para que pudiera inscribirse (voluntariamente pues no es preceptiva ni constitutiva la inscripción) la cesión de un determinado préstamo hipotecario como consecuencia de la constitución del fondo de titulización debería aportarse la copia autorizada de la escritura de constitución del fondo en la que figurara claramente el crédito cedido.

Resolución de 12-6-2020
BOE 31-7-2020
Registro de la Propiedad de Alcázar de San Juan, número 2.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS.

Debe recordarse, como ya ha señalado este Centro Directivo (vid. Resolución de 31 de enero de 2018), que en todo caso el registrador debe extremar el celo en las inmatriculaciones para evitar que se produzca la indeseable doble inmatriculación. 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. En este sentido hay que tener en cuenta 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. No obstante, sí que necesariamente debe incorporarse certificación catastral descriptiva y gráfica en términos que se correspondan con la descripción de la finca en el título inmatriculador.

Todos los requisitos que impone el artículo 205 los cumplen los dos títulos públicos aportados en este expediente. No se pueden poner en duda que la aportación a gananciales es título apto a efectos del artículo 205 de la Ley Hipotecaria (cfr. Resolución de 19 octubre de 2010) ya que comporta un verdadero desplazamiento patrimonial de un bien privativo de uno de los cónyuges a la masa ganancial (constituida por un patrimonio separado colectivo, distinto de los patrimonios personales de los cónyuges, afecto a la satisfacción de necesidades distintas y con un régimen jurídico diverso). Es cierto que el supuesto de hecho de este expediente es parecido al de la Resolución de 21 de mayo de 2017, pero ni mucho menos idéntico. Existen dos diferencias muy importantes: primera, que en aquella resolución el hecho determinante de haberse entendido configurado *ad hoc* el doble título público era no haber transcurrido un año entre ambos títulos, cosa que no ocurre en este caso, pues sí ha pasado más de un año entre la adquisición anterior y la aportación a la sociedad de gananciales; y segunda, que en el supuesto de la aquella resolución se producía una adquisición y de facto —en el siguiente número de protocolo— un pacto de atribución de ganancialidad *ex* artículo 1355 del Código civil, mientras que aquí existe una verdadera aportación a la sociedad conyugal posterior a la adquisición. Como ha recordado este centro directivo (véase resolución de 11 de mayo de 2016) no hay que confundir el pacto de atribución de ganancialidad recogido en el artículo 1355 del Código civil y el negocio de aportación de bienes del patrimonio privativo de cualquiera de los cónyuges al patrimonio común ganancial.

En definitiva no concurren los elementos necesarios para poder inferir la creación instrumental de documentación *ad hoc* para procurar la inmatriculación eludiendo los requisitos legales (ni la coetaneidad o proximidad de ambos negocios, ni la inexistencia de título original de adquisición, ni hay transmisiones circulares, ni el nulo o bajo coste fiscal de la operación) pues existe doble título traslativo público, ha pasado más de un año entre ambas transmisiones —que es el criterio fijado legalmente al efecto—, no termina siendo titular quien inicialmente lo transmitió, no se encubre un pacto de atribución de ganancialidad *ex* artículo 1355 del Código civil dado el tiempo transcurrido entre la adquisición y la aportación; y se ha tributado lo correspondiente a cada negocio jurídico documentado.

Resolución de 12-6-2020
BOE 31-7-2020
Registro de la Propiedad de Berga.

HERENCIA: APLICACIÓN DE LA LIMITACIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 28 DE LA LEY HIPOTECARIA.

Cuando las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten, de forma exclusiva, en normas de Derecho catalán o en su infracción, los regis-

tradores deberán remitir el expediente formado a la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques de Cataluña, aun cuando se hayan interpuesto ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado. Por el contrario, cuando la calificación impugnada o los recursos se fundamenten además, o exclusivamente, en otras normas o en motivos ajenos al Derecho catalán, como es el caso presente, el registrador deberá dar al recurso la tramitación prevista en la Ley Hipotecaria y remitir el expediente formado a esta Dirección General de los Registros y del Notariado en cumplimiento del artículo 324 de la Ley Hipotecaria.

El artículo 28 de la Ley Hipotecaria aplica como regla general una suspensión de la fe pública en el caso de conflicto entre el heredero aparente, titular registral, y el real, protegiendo a este con la suspensión de efectos para quienes adquieran de aquel. Junto a la regla general, el artículo 28 establece una excepción. La existencia de un heredero real distinto del aparente se valora más improbable, salvo preterición, en el caso de existir herederos forzosos, que cuentan con la condición de herederos por reconocimiento legal. Por ello, el segundo inciso del precepto exceptúa, de la limitación de efectos de la fe pública respecto de terceros adquirentes, las inscripciones por título de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzosos.

Para la determinación de quienes sean los legitimarios habrá que estar a la legislación civil aplicable. El recurrente alega que la naturaleza de la legítima en derecho Civil común y en Derecho Civil catalán es distinta. Por ello si el tercero adquiere los bienes de la herencia del legitimario, por habérsele satisfecho a este con dichos bienes su crédito, estará protegido por la fe pública registral al serle aplicable la excepción del segundo inciso del artículo 28 de la Ley Hipotecaria, de forma que dicho tercero devendrá inatacable en su adquisición. En cualquier caso, la inaplicabilidad de la excepción no implica que no sea aplicable la regla general.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

por Servicio de Coordinación RRMM

Resolución de 15-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro Mercantil de Alicante, número III.

BAJA PROVISIONAL DE LA SOCIEDAD EN EL ÍNDICE DE ENTIDADES DE LA AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIAS. CIERRE DE HOJA REGISTRAL. REVOCACIÓN DEL NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN FISCAL.

Mediante el presente recurso se pretende la inscripción de una escritura mediante la cual los ahora recurrentes renuncian a los apoderamientos otorgados a su favor por la sociedad mercantil «Centro 2001 Caribbeana, S.L.» en las escrituras que se reseñan en aquella. El registrador califica negativamente

porque: 1) consta en los asientos registrales la situación de baja provisional de la sociedad en el Índice de Entidades de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y porque 2) el Número de Identificación Fiscal de la sociedad ha sido revocado por Resolución de 19 de junio de 2019 del Departamento de Gestión Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. El recurrente interpone recurso contra la calificación negativa por considerar que el cierre de la hoja registral en su caso no impide la inscripción. La Dirección General señala que en cuanto al primero de los defectos impugnados, la situación de baja provisional de la sociedad en el Índice de Entidades de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, esta decisión tiene su origen en la redacción del antiguo artículo 131.2 del texto refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004 de 5 de marzo que establecía que en caso de baja provisional que establecía que en caso de baja provisional de una sociedad en el Índice de Entidades de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, se imponía un cierre registral prácticamente total del que tan solo quedaba excluida la certificación de alta en dicho Índice. Actualmente está regulado en el artículo 119.2 de la Ley 27/2014 de 27 de noviembre del Impuesto de Sociedades donde el contenido del precepto es idéntico al de su precedente por lo que la doctrina entonces aplicable lo sigue siendo hoy, a pesar del cambio de ley aplicable. En cuanto al segundo defecto, cierre de la hoja registral consecuencia de la revocación del Número de Identificación Fiscal, según la doctrina de la Dirección General del Registro y del Notariado es una nota marginal distinta a la que provoca la baja provisional en el Índice de Sociedades, teniendo unas importantes consecuencias en el ámbito del Registro Mercantil. No obstante, 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. Vigente la nota marginal de cierre por baja provisional en el Índice de Entidades, a la que hay que añadir la provocada por la revocación del número de identificación fiscal, no podrá practicarse ningún asiento en la hoja abierta a la sociedad afectada, a salvo los asientos ordenados por la autoridad judicial o aquellos que hayan de contener los actos que sean presupuesto necesario para la reapertura de la hoja, así como los relativos al depósito de las cuentas anuales. Y producido tal cierre ni siquiera pueden inscribirse actos que se hayan formalizado con anterioridad a dicho cierre.

Resolución de 16-1-2020.
BOE 18-6-2020
Registro Mercantil de Murcia, número II.

INFORMACIÓN NO FINANCIERA EN CUENTAS ANUALES. CUENTAS ANUALES. ARTÍCULO 262.5 LSC.

En este expediente debe decidirse si es o no fundada la negativa del registrador a practicar el depósito de cuentas de la sociedad «Culmarex, S.A.U.», porque, según expresa en su calificación, conforme al artículo 262.5 de la Ley de Sociedades de Capital, deben incluir en el informe de gestión un estado de información no financiera o elaborar un informe separado con el mismo contenido que el previsto para las cuentas consolidadas. La recurrente alega que

para la aplicación de la obligación impuesta por esta norma es necesario que concurran simultáneamente los requisitos establecidos en los apartados a) y b) del artículo 262.5 de la Ley de Sociedades de Capital, por lo que no resulta aplicable a la sociedad representada, porque su número medio de trabajadores empleados no es superior a quinientos. La Dirección General resolvió que según el artículo 262.5 de la Ley de Sociedades de Capital, después de la modificación introducida por la Ley 11/2018, «las sociedades cesarán en la obligación de elaborar el estado de información no financiera si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos cualquiera de los requisitos anteriormente establecidos», es decir cualquiera de los establecidos en los apartados a) y b). Si se tiene en consideración que esta previsión modificó lo establecido en el Real Decreto-ley 18/2017, que exigía que se dejaran de reunir dos de los requisitos de la letra b) o que al cierre del ejercicio el número medio de trabajadores empleados no excediera de 500, y que, según lo expresado en el mismo preámbulo de la citada Ley 11/2018, se trata de presupuestos o condiciones que deben concurrir «de forma simultánea» debe concluirse que la calificación impugnada no puede ser mantenida.

Resolución de 17-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro Mercantil de Murcia, número IV.

INFORMACIÓN NO FINANCIERA EN CUENTAS ANUALES. CUENTAS ANUALES. ARTÍCULO 262.5 LSC.

En este expediente debe decidirse si es o no fundada la negativa del registrador a practicar el depósito de cuentas de la sociedad «Viajes Soltour, S.A.», porque, según expresa en su calificación, conforme al artículo 262.5 de la Ley de Sociedades de Capital, deben incluir en el informe de gestión una referencia a la identidad de la sociedad dominante y al Registro Mercantil u otra oficina pública donde estén depositadas las cuentas el grupo consolidado a los efectos del cumplimiento de la obligación de información no financiera. El recurrente alega que la sociedad no tiene la obligación de incluir en el informe de gestión un estado de información no financiera ni hacer referencia alguna a la identidad de la sociedad dominante y el Registro Mercantil donde quedan depositadas sus cuentas anuales porque su número medio de trabajadores empleados no es superior a quinientos. La Dirección General resolvió que según el artículo 262.5 de la Ley de Sociedades de Capital, después de la modificación introducida por la Ley 11/2018, «las sociedades cesarán en la obligación de elaborar el estado de información no financiera si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos cualquiera de los requisitos anteriormente establecidos», es decir cualquiera de los establecidos en los apartados a) y b). Si se tiene en consideración que esta previsión modificó lo establecido en el Real Decreto-Ley 18/2017, que exigía que se dejaran de reunir dos de los requisitos de la letra b) o que al cierre del ejercicio el número medio de trabajadores empleados no excediera de 500, y que, según lo expresado en el mismo preámbulo de la citada Ley 11/2018, se trata de presupuestos o condiciones que deben concurrir «de forma simultánea», debe concluirse que la calificación impugnada no puede ser mantenida.

Resolución de 22-1-2020
BOE 18-6-2020
Registro Mercantil de Valencia, número III.

CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL. PLAZO PARA CELEBRACIÓN DE JUNTA GENERAL DESDE LA CONVOCATORIA. GARANTÍAS DEL SOCIO MINORITARIO. CALIFICACIÓN EN BASE A LA DOCUMENTACIÓN PRESENTADA AL REGISTRADOR.

Según la calificación impugnada el registrador fundamenta su negativa a practicar el depósito de las cuentas anuales de la sociedad «Logopost Señalización, S.A.», relativas al ejercicio de 2018, en que al haberse publicado la convocatoria de la junta general el 29 de mayo de 2019 y haberse celebrado esta el 27 de junio de 2019, no ha transcurrido el plazo de treinta días establecido en el artículo 176 de la Ley de Sociedades de Capital. Conforme a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, así como tiene declarado el Tribunal Supremo, Sala III, en Sentencia de 22 de mayo de 2000, el objeto del recurso queda delimitado en el momento de su interposición y resulta constreñido tanto por la documentación presentada como por el contenido de la calificación negativa del registrador. Por ello, si el acta notarial de la Junta General no se presentó al registrador, y solo se ha presentado en el escrito del recurso, no es objeto de estudio en la calificación. La Ley de Sociedades de Capital regula en el artículo 176 la antelación de la convocatoria de la junta general, fija un margen temporal que tiene como justificación garantizar al socio que pueda obtener la información pertinente acerca de las cuestiones sobre las que es llamado a pronunciarse y reflexione detenidamente sobre el contenido del voto por emitir. Por ello, el incumplimiento de tal disposición comporta, en principio, la nulidad de los acuerdos adoptados en la junta general. De ahí que, tratándose de acuerdos que hayan de inscribirse en el Registro Mercantil, deban constar en la certificación que del acta se expida —y, en su caso, en la certificación de su contenido— los elementos esenciales para poder apreciar la regularidad de la convocatoria, entre otros, la fecha y modo en que la misma se haya efectuado cuando no se trate de junta universal (arts. 97.1.2.ª y 112.2 del Reglamento del Registro Mercantil). La expresión de dicha circunstancia también es exigida cuando los acuerdos de la junta consten en acta notarial (art. 102.1 del mismo Reglamento). Se trata de uno de los extremos que deberá calificar el registrador por lo que resulte del título presentado a inscripción (art. 18.2 del Código de Comercio). Debe tenerse en cuenta que la infracción relativa al plazo previo de la convocatoria de la junta general está expresamente excluida de la posibilidad de impugnar acuerdos por infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley (art. 204.3 de la Ley de Sociedades de Capital). Además, de la documentación presentada a calificación no resulta que, a pesar de la indicada infracción, todos los socios hubieran aceptado por unanimidad celebrar válidamente la junta general con carácter de junta universal y así lo reconoce la recurrente al afirmar en su escrito de impugnación que el socio minoritario decidió abandonar el acto antes de que los restantes accionistas se constituyeran en junta.

Resolución de 12-2-2020
BOE 24-6-2020
Registro Mercantil de Valencia, número III

ESTUTATOS. ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN: CONVOCATORIA DE JUNTA. CONVOCATORIA DE JUNTA ES UN ACTO INTERNO DE GESTIÓN DE LOS ADMINISTRADORES.

Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso se constituye una sociedad de responsabilidad limitada en cuyos estatutos se establece que, en caso de que el órgano de administración adopte la modalidad de dos administradores mancomunados será válida la convocatoria de la junta general por cualquiera de ellos. El registrador fundamenta su negativa a la inscripción de dicha disposición estatutaria en que, a su juicio, desnaturaliza la modalidad o estructura del órgano de administración; y así lo deduce de los fundamentos de derecho de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de mayo de 2016, que contempla la validez de la previsión de convocatoria por dos de los tres administradores mancomunados porque en estas facultades o actos internos cabe una cierta «movilización» estatutaria. Añade asimismo que esta conclusión resulta del artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital, que únicamente para determinados supuestos excepcionales admite la convocatoria por un solo administrador mancomunado y tan solo para el único objeto de nombramiento de administradores. El recurrente alega, en síntesis, que la citada Resolución de 4 de mayo de 2016 admite que el ámbito interno de gestión, los estatutos, con base en el principio de autonomía de la voluntad, pueden atribuir a uno solo de los administradores mancomunados esa facultad de convocar la junta. Añade que el artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital es supletorio y que la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2019 admite que, en el ámbito de gestión de la sociedad, los estatutos establezcan que los administradores mancomunados gestionen de forma solidaria los asuntos internos de la misma. La Dirección General estima el recurso y revoca la calificación del registrador en base a la Resolución de 4 de mayo de 2016 que puso de relieve que el ámbito interno de gestión, en el que se sitúa la actividad del órgano de administración ante la junta, y del que es especialmente relevante la propia convocatoria, corresponde a los administradores según la forma de ejercicio en el que han sido nombrados. Añadió que, indudablemente, la convocatoria de la junta es una de las actuaciones que corresponden a los administradores en ejercicio de su poder de gestión o administración y que tiene una dimensión estrictamente interna (Resolución de 23 de marzo de 2015). Y precisamente por tratarse de relaciones internas societarias debe admitirse el amplio juego de la autonomía de la voluntad a la hora de aplicar la norma del artículo 166 de la Ley de Sociedades de Capital. Y concluyó que, por tanto, dicha previsión estatutaria no solo no es contraria a la ley ni a los principios configuradores del tipo social elegido, caracterizado por la flexibilidad de su régimen jurídico, sino que facilita la convocatoria de la junta general, de suerte que ante la negativa o imposibilidad del concurso de uno de los tres administradores conjuntos se evita la convocatoria realizada por el letrado de la administración de justicia o el registrador, con la mayor dilación que pudiera comportar. En definitiva, la disposición estatutaria cuestionada, no debe entenderse que se oponga a la específica previsión del artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital o que se desnaturalice la estructura del órgano de administración mancomunada.

Resolución de 13-22-2020
BOE 24-6-2020
Registro Mercantil de Barcelona, número XV

REGISTRO DE BIENES MUEBLES COMPETENTE PARA LA PRIMERA INSCRIPCIÓN DE UN BUQUE EN CONSTRUCCIÓN EN EL EXTRANJERO. NATURALEZA, FINALIDAD Y EFECTOS JURÍDICOS DEL REGISTRO DE BIENES MUEBLES. NATURALEZA, FINALIDAD Y EFECTOS DEL REGISTRO DE BUQUES Y EMPRESAS NAVIERAS. REQUISITOS PARA LA INMATRICULACIÓN DE UN BUQUE EN CONSTRUCCIÓN EN EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES.

Solicitada en el Registro de Bienes Muebles primera inscripción de un buque cuya construcción se está llevando a cabo en el extranjero, el registrador de Bienes Muebles suspende la inscripción por falta de competencia así como por falta de requisitos formales. El recurrente se refiere en su escrito de recurso solo al primero de ellos habiendo por tanto ganado firmeza el segundo en vía administrativa. La Dirección General desestima el recurso y confirma la calificación del registrador de acuerdo a lo siguiente, partiendo de 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. El Registro de Bienes Muebles producirá los efectos jurídicos propios de la publicidad material de titularidades y gravámenes, frente a la significación típicamente administrativa del Registro de Buques y Empresas Navieras. Esta dualidad de registros obedece a su distinta naturaleza y finalidad. La coordinación entre ambas instituciones tiene en la primera inscripción de un buque en el Registro de Bienes Muebles una de sus más importantes manifestaciones por cuanto no es posible realizar dicha primera inscripción si no se acredita la previa en el Registro administrativo, tal y como exige el artículo 71.1 de la Ley de Navegación Marítima. A su vez, será la previa inscripción en el Registro de Buques y Empresas Navieras la que determinará la competencia para realizar la primera inscripción en el Registro de Bienes Muebles. Al igual que ocurre con los buques construidos, los buques en construcción acceden por primera vez al Registro de Bienes Muebles en virtud de certificación del registro administrativo. El título de adquisición presentado debe venir acompañado de la copia de su matrícula o asiento provisional en el registro administrativo, de conformidad con la regla general. De otro modo no existiría criterio de competencia para llevar a cabo la inscripción. Aceptado por el recurrente que no se ha presentado el certificado de matrícula del buque, no puede procederse a su inscripción en el Registro de Bienes Muebles. Además del expediente no resulta que el buque en construcción cuya inscripción se solicita conste matriculado provisionalmente en el Registro de Matrícula de Buques, requisito indispensable para practicar la primera inscripción en el Registro de Bienes Muebles y para determinar el registro competente.

Resolución de 3-2-2020
BOE 26-6-2020
Registro Mercantil de Málaga, número II

CERTIFICACIÓN DE ACUERDOS DE JUNTA. MAYORÍA POR LA QUE SE ADOPTAN LOS ACUERDOS DE JUNTA. INFORME DE AUDITORÍA A PETICIÓN DE SOCIO MINORITARIO.

Estamos ante un supuesto en el que se solicita al Registro Mercantil el depósito de cuentas de una sociedad. El registrador califica negativamente porque

no consta en la certificación de los acuerdos las mayorías por las que se han adoptado estos y por no aportarse el informe de auditoría en el depósito. La sociedad recurre alegando, en cuanto al primer defecto, que la junta general tuvo carácter de junta universal por lo que no hay que indicar en la certificación de acuerdos las mayorías con la que se adoptan los acuerdos. En cuanto al defecto de la falta de aportación del Informe de Auditoría las recurrentes alegan que, antes de la presentación de las cuentas anuales, no se notificó a la sociedad el nombramiento de auditor para verificarlas. La Dirección General desestima el recurso y confirma la calificación del registrador porque, en cuanto al primer defecto, indica el órgano directivo que la presunción de exactitud y validez de los asientos registrales, en cuanto se basa en la previa calificación que de la regularidad y validez que del acto por inscribir ha de realizar el registrador, obliga a que un dato esencial para apreciarla, en los acuerdos de las juntas, cual es la concreta mayoría por la que se adoptaron, se refleje en la certificación del acta, o, en su caso, en el acta notarial, correspondiente. En cuanto a la falta de Informe de Auditoría, el motivo que alega la sociedad no puede ser estimado porque cuando en las sociedades no obligadas a verificación contable, se hubiese solicitado por los socios minoritarios el nombramiento registral de un auditor de cuentas, no puede tenerse por efectuado el depósito de las cuentas anuales si no se presenta el correspondiente informe. De tal modo que presentadas las cuentas a depósito cuando ya había sido solicitado respecto a dichas cuentas el nombramiento de auditor por socio minoritario y teniendo además conocimiento de ello la sociedad (se opuso a tal nombramiento), si la junta general en que se aprobaron las cuentas se celebró con anterioridad al nombramiento del auditor designado por el registrador mercantil, dichas cuentas deberán aprobarse nuevamente para que su depósito pueda tenerse por efectuado.

Resolución de 5-2-2020
BOE 26-6-2020
Registro Mercantil de Alicante, número IV

OBJETO SOCIAL ACTIVIDADES DE LA SOCIEDAD. ACTIVIDADES QUE INTEGRAN EL OBJETO SOCIAL. EXCLUSIÓN DE ACTIVIDADES SUJETAS A LEGISLACIÓN ESPECIAL. REPRESENTACIÓN EN JUNTAS. REVOCACIÓN.

Mediante la escritura cuya calificación es impugnada en el presente recurso se constituye la sociedad «Lovecita Lovers, SL», cuyo objeto social está constituido, entre otras muchas actividades, por la siguiente: «La actividad de gestión y administración de valores representativos de los fondos propios de entidades, tanto residentes como no residentes en territorio español, mediante la correspondiente organización de medios materiales y personales, o incluso sin esta». Y, según el artículo 13 de los estatutos sociales, en su inciso final, relativo a la representación en las juntas generales, se dispone lo siguiente: «La asistencia personal a la Junta del representado no tendrá valor de revocación de la total representación conferida». La registradora califica negativamente la escritura de constitución de la sociedad basándose en dos defectos. Según el primero de los defectos impugnados, la registradora fundamenta su negativa a practicar la inscripción solicitada porque, a su juicio, la actividad del objeto social antes transcrita, «por su generalidad, puede incluir actividades sujetas a legislación especial, cuyos requisitos

no cumple esta sociedad, de acuerdo con la vigente legislación del mercado de valores (Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, arts. 1.º y 138 y siguientes), y sin que dichas actividades se excluyan del objeto». El recurrente alega que en los mismos estatutos sociales que se han excluido «todas aquellas actividades para cuyo ejercicio la Ley exija requisitos especiales que no queden cumplidos por esta sociedad». En aplicación de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado es la definición estatutaria del objeto social, y no el efectivo desenvolvimiento posterior de las actividades en él comprendidas, lo que determina la aplicabilidad de aquellas disposiciones especiales que prevén el cumplimiento de ciertos requisitos por razón del ámbito de actuación delimitado, de modo que desde el momento fundacional la sociedad ha de reunir todos los requisitos que hagan viable el completo desarrollo de cualesquiera actividades que integran el objeto social; la delimitación por el género comprende todas sus especies, por lo que se requiere previsión específica para que alguna de ellas pueda quedar excluida y no a la inversa. Por ello, la concurrencia de una causa de exclusión de las previstas en el artículo 139 de la Ley del Mercado de Valores debe expresarse en los estatutos sociales de forma expresa y determinada siempre que concurran aquellas circunstancias que el propio precepto exige para evitar la aplicación de la previsión general de sujeción a la Ley. Por ello, el defecto expresado por la registradora en su calificación debe ser confirmado. El segundo de los defectos impugnados consiste en que, a juicio de la registradora, la disposición estatutaria relativa a la representación en las juntas generales según la cual «la asistencia personal a la Junta del representado no tendrá valor de revocación de la total representación conferida», es contraria al artículo 185 de la Ley de Sociedades de Capital, en cuanto dispone que «la asistencia personal a la junta del representado tendrá valor de revocación». En el presente caso puede y debe entenderse que la disposición estatutaria cuestionada, más que establecer la irrevocabilidad de la representación, reduce las formas en que la revocación puede declararse, al excluir únicamente la revocación tácita que tendría efecto por la asistencia del representado a la junta. Y si se interpreta en el sentido más adecuado para que produzca efecto, sin contrariar la esencial revocación de la representación (art. 185, inciso inicial) ni la norma que prohíbe la presencia simultánea del socio legitimado para asistir con solo parte de sus participaciones y la asistencia del representante con las restantes (cfr. art. 183.3 y Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1992 y 28 de marzo de 2011), puede entenderse como autorización estatutaria para que asistan representante y representado si bien con legitimación de solo uno de ellos para ejercitar los derechos de socio (cfr. art. 181.1). Por ello, el segundo de los defectos objeto de impugnación no puede ser confirmado.

Resolución de 5-2-2020
BOE 26-6-2020
Registro Mercantil de Alicante número IV

OBJETO SOCIAL ACTIVIDADES DE LA SOCIEDAD. ACTIVIDADES QUE INTEGRAN EL OBJETO SOCIAL. EXCLUSIÓN DE ACTIVIDADES SUJETAS A LEGISLACIÓN ESPECIAL. REPRESENTACIÓN EN JUNTAS. REVOCACIÓN.

Mediante la escritura cuya calificación es impugnada en el presente recurso se constituye la sociedad «Lovecita Lovers, SL», cuyo objeto social está

constituido, entre otras muchas actividades, por la siguiente: «La actividad de gestión y administración de valores representativos de los fondos propios de entidades, tanto residentes como no residentes en territorio español, mediante la correspondiente organización de medios materiales y personales, o incluso sin esta». Y, según el artículo 13 de los estatutos sociales, en su inciso final, relativo a la representación en las juntas generales, se dispone lo siguiente: «La asistencia personal a la Junta del representado no tendrá valor de revocación de la total representación conferida». La registradora califica negativamente la escritura de constitución de la sociedad basado en dos defectos. Según el primero de los defectos impugnados, la registradora fundamenta su negativa a practicar la inscripción solicitada porque, a su juicio, la actividad del objeto social antes transcrita, «por su generalidad, puede incluir actividades sujetas a legislación especial, cuyos requisitos no cumple esta sociedad, de acuerdo con la vigente legislación del mercado de valores (Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, arts. 1.º y 138 y sigs.), y sin que dichas actividades se excluyan del objeto». El recurrente alega que en los mismos estatutos sociales que se han excluido «todas aquellas actividades para cuyo ejercicio la Ley exija requisitos especiales que no queden cumplidos por esta sociedad». En aplicación de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado es la definición estatutaria del objeto social, y no el efectivo desenvolvimiento posterior de las actividades en él comprendidas, lo que determina la aplicabilidad de aquellas disposiciones especiales que prevén el cumplimiento de ciertos requisitos por razón del ámbito de actuación delimitado, de modo que desde el momento fundacional la sociedad ha de reunir todos los requisitos que hagan viable el completo desarrollo de cualesquiera actividades que integran el objeto social; la delimitación por el género comprende todas sus especies, por lo que se requiere previsión específica para que alguna de ellas pueda quedar excluida y no a la inversa. Por ello, la concurrencia de una causa de exclusión de las previstas en el artículo 139 de la Ley del Mercado de Valores debe expresarse en los estatutos sociales de forma expresa y determinada siempre que concurran aquellas circunstancias que el propio precepto exige para evitar la aplicación de la previsión general de sujeción a la Ley. Por ello, el defecto expresado por la registradora en su calificación debe ser confirmado. El segundo de los defectos impugnados consiste en que, a juicio de la registradora, la disposición estatutaria relativa a la representación en las juntas generales según la cual «la asistencia personal a la Junta del representado no tendrá valor de revocación de la total representación conferida», es contraria al artículo 185 de la Ley de Sociedades de Capital, en cuanto dispone que «la asistencia personal a la junta del representado tendrá valor de revocación». En el presente caso puede y debe entenderse que la disposición estatutaria cuestionada, más que establecer la irrevocabilidad de la representación, reduce las formas en que la revocación puede declararse, al excluir únicamente la revocación tácita que tendría efecto por la asistencia del representado a la junta. Y si se interpreta en el sentido más adecuado para que produzca efecto, sin contrariar la esencial revocación de la representación (art. 185, inciso inicial) ni la norma que prohíbe la presencia simultánea del socio legitimado para asistir con solo parte de sus participaciones y la asistencia del representante con las restantes (cfr. art. 183.3 y Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1992 y 28 de marzo de 2011), puede entenderse como autorización estatutaria para que asistan representante y representado si bien con legitimación de solo uno de ellos para ejercitar los

derechos de socio (cfr. art. 181.1). Por ello, el segundo de los defectos objeto de impugnación no puede ser confirmado.

Resolución de 6-2-2020
BOE 26-6-2020
Registro Mercantil de Murcia, número III

MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS SOCIALES. EXCLUSIÓN DE SOCIOS. PRIVACIÓN DE DERECHO DE VOTO. VALOR DE LAS PARTICIPACIONES. DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE EN CASO DE EMBARGO.

Mediante la escritura objeto de la calificación impugnada se elevan a público los acuerdos adoptados por unanimidad en junta universal de una sociedad de responsabilidad limitada, por lo que se modifican los estatutos sociales, de modo que se dispone que, notificado a la sociedad el inicio o apertura de un procedimiento administrativo o judicial de embargo de las participaciones sociales frente a cualquiera de los socios de la sociedad que tuviera como objeto la inmovilización de las mismas que pudiera desembocar en un procedimiento de ejecución forzosa, la sociedad, a través del órgano de administración, podrá adquirir la totalidad de las participaciones embargadas, debiendo ejercitar el derecho en un plazo máximo de tres meses a contar desde la notificación a la sociedad del procedimiento de embargo; y si la sociedad no ejercita este derecho, todos los socios podrán adquirir las participaciones embargadas, en el plazo máximo de veinte días. Además, se dispone que, en todos los casos anteriores, «el precio de la transmisión se corresponderá con el valor razonable de las participaciones, entendiéndose por valor razonable el valor contable que resulte del último balance aprobado por la Junta». Se añade también que «en tanto las participaciones sociales afectadas por el embargo no sean transmitidas en los términos previstos en los presentes estatutos, conferirán a su titular el ejercicio de sus derechos económicos y políticos, a excepción del ejercicio del voto en acuerdos que tengan por objeto decisiones que requieran de una mayoría reforzada según lo establecido en la Ley y en los presentes estatutos, detrayéndose su participación del cómputo de votos a los efectos de *quorum* y mayorías establecidas». Y, por último, se establece que será causa de exclusión de la sociedad —que deberá ser acordada por la junta general— el inicio de un procedimiento administrativo o judicial que acuerde el embargo de las participaciones de cualquier socio, ya sea de forma total o parcial, debiendo proceder la sociedad «a amortizar las participaciones sociales del socio afectado por la exclusión, cuya valoración a efectos de su contraprestación corresponderá con el valor razonable de las participaciones afectadas, entendiéndose por valor razonable el valor contable que resulte del último balance aprobado por la Junta». El registrador reconoce que los tres artículos estatutarios que han quedado transcritos son reproducción literal de los incorporados a la escritura pública que fue objeto del recurso resuelto por la Dirección General de los Registros y del Notariado mediante la Resolución de 23 de mayo de 2019 (y que, a su vez, coinciden casi en su totalidad con los que fueron examinados en la Resolución de 9 de mayo de 2019), en el sentido de declararlos inscribibles. Pero, no obstante, resuelve no practicar la inscripción de dichas disposiciones por los argumentos que expone por extenso en la calificación y que, en esencia, consisten en que, a su juicio: a) resulta gravemente lesionado un principio de

orden público cual es el de la responsabilidad universal por las deudas con todos los bienes y derechos del obligado al pago que solo admite las excepciones previstas en la Ley; b) se deja indeterminado el hecho desencadenante del derecho que atribuyen a la sociedad y en su defecto al resto de los socios a adquirir las participaciones sociales de un socio con la correlativa obligación de este de transmitirlas, de la privación de su derecho de voto para acuerdos que requieran mayoría reforzada, así como de la causa de exclusión pactada; c) infringen el procedimiento de ejecución establecido en el artículo 635 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; d) al disponerse que sea la sociedad sea el socio quien adquiera las participaciones embargadas lo haga pagando el precio resultante de su valor contable según el último balance aprobado por la junta, no se garantiza el derecho del acreedor a obtener la mayor satisfacción posible de la realización de los bienes embargados, que es precisamente, conforme al artículo 570 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la finalidad del procedimiento; e) la disposición relativa a la exclusión del ejercicio del voto de los titulares de las participaciones sociales afectadas por el embargo para determinados casos comporta una limitación del derecho de voto que no tiene amparo legal, es desproporcionada y provoca inseguridad jurídica no solo a los actuales socios sino a quienes lo sean en el futuro, y f) se infringen las normas imperativas que regulan el procedimiento de exclusión, ya que es improcedente configurar el embargo como causa estatutaria de exclusión, y la forma de valoración de las participaciones del socio excluido es contraria a lo establecido, con carácter imperativo. En el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. Estas objeciones no pueden ser confirmadas, pues razones análogas a las que se alegan ahora no fueron desconocidas en la citada Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de mayo de 2019 cuya doctrina debe reiterarse ahora. En relación con el derecho de adquisición preferente en caso de inicio o apertura de un procedimiento administrativo o judicial de embargo de las participaciones sociales, la Dirección General de los Registros y del Notariado en las citadas Resoluciones de 9 y 23 de mayo de 2019 afirma que debe tenerse en cuenta que, respecto del régimen de transmisión de participaciones sociales en caso de procedimiento administrativo o judicial de embargo, el artículo 109 de la Ley de Sociedades de Capital establece la suspensión del remate y de la adjudicación de las participaciones sociales embargadas y el derecho de los socios y, en su defecto —solo si los estatutos le atribuyen en su favor el derecho de adquisición preferente—, de la sociedad, a subrogarse en lugar del rematante o, en su caso, del acreedor, mediante la aceptación expresa de todas las condiciones de la subasta y la consignación íntegra del importe del remate o, en su caso, de la adjudicación al acreedor y de todos los gastos causados. Pero este régimen legal no impide que, con base en el principio de autonomía de la voluntad (cfr. art. 28 de la Ley de Sociedades de Capital), puedan prevenirse en los estatutos sociales sistemas alternativos como los establecidos en los estatutos objeto de la calificación impugnada, que, en caso de inicio de un procedimiento de embargo atribuye a la sociedad y a los socios el derecho de adquirir tales participaciones por su valor razonable con la previsión añadida de que, en defecto de ejercicio de tal derecho de adquisición, pueda la junta general adoptar el acuerdo de excluir al socio afectado por el inicio de ese procedimiento de embargo de las participaciones, con la consiguiente amortización de las participaciones del socio afectado por la exclusión. La previsión estatutaria debatida en el presente caso, establece el derecho de la sociedad y de los socios a evitar el ingreso de nuevos miembros mediante el

abono del valor de las participaciones, contribuye a definir el contenido jurídico de la posición social representada por aquellas. En segundo lugar no puede entenderse que la cláusula estatutaria debatida sea indeterminada; no hay indeterminación del hecho que da lugar a la obligación de transmitir las participaciones y de la causa de exclusión acordada. Respecto de la forma de valoración de las participaciones del socio excluido deben recordarse las consideraciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en las citadas Resoluciones de 9 y 23 de mayo de 2019. Dicho órgano directivo considera que la inscripción de la disposición estatutaria por la que se atribuía a los socios un derecho de adquisición preferente que habría de ejercitarse por el valor razonable de las participaciones de cuya transmisión se tratara, que sería el valor contable resultante del último balance aprobado por la Junta al no existir ningún impedimento legal que prohíba dicho pacto. No puede confirmarse la concreta objeción del registrador a la forma de valoración de las participaciones del socio excluido. Por último si es o no inscribible la cláusula estatutaria por la cual se previene que, mientras las participaciones sociales afectadas por el embargo no sean transmitidas en la forma establecida en los mismos estatutos, tales participaciones no conferirán a su titular el «ejercicio del voto en acuerdos que tengan por objeto decisiones que requieran de una mayoría reforzada según lo establecido en la Ley y en los presentes estatutos, detrayéndose su participación del cómputo de votos a los efectos de *quorum* y mayorías establecidas». Es inscribible en base al principio de autonomía de la voluntad y porque, concretamente, en el presente caso en que se aprueban los estatutos por unanimidad y no es imaginable que los futuros adquirentes de las participaciones sociales no conozcan el régimen aplicable según los estatutos que gozan de la publicidad del Registro Mercantil.

Resolución de 7-2-2020
BOE 26-6-2020
Registro Mercantil de Madrid, número XIII

DERECHO DE ASUNCIÓN PREFERENTE. AMPLIACIÓN DE CAPITAL POR COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS.

Se plantea en el presente recurso si para inscribir un acuerdo de aumento del capital social de una sociedad de responsabilidad limitada por compensación de determinados créditos es necesario cumplir las normas relativas al derecho de asunción preferente respecto de las nuevas participaciones sociales creadas. La Dirección General de los Registros y del Notariado en Resoluciones de 4 y 6 de febrero de 2012, tras realizar un análisis evolutivo del derecho de asunción preferente, estimó aplicable adicionalmente a la sociedad limitada el artículo 304 de la Ley de Sociedades de Capital, por lo que salvo que se trate de aportaciones dinerarias, se ha de entender suprimido legalmente el derecho de asunción preferente de los socios en aquellos aumentos de capital social con aportaciones «in natura». Y este criterio, reiterado en la Resolución del mismo Centro Directivo de 2 de octubre de 2015 y compartido, entre otras, por la Audiencia Provincial de Madrid en la Sentencia número 298/2015, de 26 de octubre, debe ser mantenido. La ley excluye el derecho de preferencia en los aumentos de capital por compensación de créditos pudiendo derivar una eventual desprotección del socio en los casos en que la extinción de los créditos contra la sociedad

a cambio de las participaciones creadas pudiera no estar justificada en el interés de la sociedad (cfr. la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2008) Pero se trata de hipótesis que dejan a salvo la adecuada reacción de quienes se consideren con derecho a cuestionar la validez del acuerdo de que se trate, mediante la correspondiente acción de impugnación del acuerdo de aumento de capital social, cuyo conocimiento corresponde a los Tribunales. Por ello, la Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

Resolución de 7-2-2020
BOE 26-6-2020
Registro Mercantil de Barcelona, número VIII

DEPÓSITO DE CUENTAS ANUALES. CIERRE REGISTRAL. ARTÍCULO 378.7 RRM.

De los defectos que el registrador opone a la práctica del depósito de las cuentas anuales solicitado, relativas al ejercicio de 2018, únicamente se impugna el que consiste en que, calificadas con defectos las cuentas anuales de la sociedad de los ejercicios de 2016 y 2017, deberán aportarse para su depósito previa o simultáneamente a las referidas cuentas anuales de 2016 y 2017. El recurso no puede prosperar porque al amparo del artículo 282 LSC y el artículo 378.1 RRM, trancurrido un año desde la fecha del cierre del ejercicio social sin que se haya practicado en el Registro el depósito de las cuentas anuales debidamente aprobadas, el registrador mercantil no inscribirá ningún documento presentado con posterioridad a aquella fecha, hasta que, con carácter previo, se practique el depósito (…)». La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de octubre de 2005 ya afirmó que el cierre registral es consecuencia de un incumplimiento y subsiste, por disposición legal, mientras el incumplimiento persista, tal y como establece el artículo 378.7 del Reglamento. Por lo que la Dirección General desestima el recurso y confirma la calificación recurrida.

Resolución de 7-2-2020
BOE 26-6-2020
Registro Mercantil de Barcelona, número VIII

DEPÓSITO DE CUENTAS ANUALES. INFORME DE AUDITORÍA. GARANTÍAS DEL SOCIO MINORITARIO. NOMBRAMIENTO DE AUDITOR. DOCUMENTO NUEVO APORTADO CON EL RECURSO.

De los defectos que el registrador opone a la práctica del depósito de las cuentas anuales solicitado únicamente se impugna el que consiste en que no se aporta informe de auditoría de las mismas. El recurrente alega, en primer lugar, que la sociedad representada no tiene conocimiento de la designación de sociedad auditora. Este motivo alegado en el escrito de recurso no puede ser estimado porque del presente expediente resulta que la sociedad tiene conocimiento de la solicitud del socio minoritario de nombramiento del auditor para verificar la cuentas anuales de 2016 conforme al artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, desde el 18 de abril de 2017, y formuló oposición a dicha designación (que fue desestimada mediante Resolución de 4 de mayo de 2017, de la que dicha sociedad tuvo cono-

cimiento el 23 de mayo de 2017) y, por tanto, antes de la celebración de la junta general en la que se aprobaron las cuentas anuales. Cuando en las sociedades no obligadas a verificación contable, se hubiese solicitado por los socios minoritarios el nombramiento registral de un auditor de cuentas, no puede tenerse por efectuado el depósito de las cuentas anuales si no se presenta el correspondiente informe. Por último, tampoco puede estimarse el motivo del recurso consistente en que el socio minoritario que solicitó la auditoría fue expulsado de la sociedad por no aportarse el dato en el momento de la calificación sino solo con el escrito de recurso. Además, para este caso concreto y según resulta del informe del registrador, no consta en el Registro incoado expediente de designación de experto a efectos de la valoración de las participaciones del mismo, ni documento alguno presentado que haya causado asiento en el Diario de presentación de este Registro relativo a la exclusión. Además, el momento para apreciar la cualidad de socio es aquel en el que se inicia el procedimiento de designación de auditor por la minoría.

Resolución de 7-2-2020
BOE 26-6-2020
Registro Mercantil de Barcelona, número VIII

DEPÓSITO DE CUENTAS ANUALES. CIERRE REGISTRAL. ARTÍCULO 378.7 RRM.

De los defectos que el registrador opone a la práctica del depósito de las cuentas anuales solicitado, relativas al ejercicio de 2017, únicamente se impugna el que consiste en que, calificadas con defectos las cuentas anuales de la sociedad del ejercicio de 2016, deberán aportarse para su depósito previa o simultáneamente a las referidas cuentas anuales de 2017. El recurso no puede prosperar porque al amparo del artículo 282 LSC y el artículo 378.1 RRM, trancurrido un año desde la fecha del cierre del ejercicio social sin que se haya practicado en el Registro el depósito de las cuentas anuales debidamente aprobadas, el registrador mercantil no inscribirá ningún documento presentado con posterioridad a aquella fecha, hasta que, con carácter previo, se practique el depósito (…)». La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de octubre de 2005 ya afirmó que el cierre registral es consecuencia de un incumplimiento y subsiste, por disposición legal, mientras el incumplimiento persista, tal y como establece el artículo 378.7 del Reglamento. Por lo que la Dirección General desestimar el recurso y confirmar la calificación recurrida.

Resolución de 6-2-2020
BOE 26-6-2020
Registro Mercantil de Barcelona, número XII

ACUERDO SOCIAL SOBRE CESE Y NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADOR ÚNICO DE UNA SOCIEDAD CON HOJA CERRADA POR FALTA DE DEPÓSITO DE CUENTAS. TRACTO SUCESIVO. SUSPENSIÓN DEL ASIENTO POR INTERPOSICIÓN DEL RECURSO.

El título cuya calificación ha sido impugnada es una escritura de elevación a público de acuerdos de la junta general de socios relativos al cese del administra-

dor único de una sociedad de responsabilidad limitada y nombramiento de otra persona para dicho cargo. Se solicitó la inscripción parcial de dicha escritura, únicamente respecto del cese del administrador. Según la calificación impugnada, el registrador entiende que existen dos defectos: a) la hoja de la sociedad ha sido cerrada, conforme al artículo 378 del Reglamento del Registro Mercantil, por falta de depósito de las cuentas anuales; y, a su juicio, la inscripción del acuerdo de cese de administrador solicitada no puede practicarse, al no cumplirse el tracto sucesivo de constar previa o simultáneamente inscrito el nombramiento de administrador de la persona que «certifica» de dicho cese, de conformidad con lo establecido en el artículo 109.2 del Reglamento del Registro Mercantil; y b) existen discordancias en cuanto a la «identidad» y «porcentaje de capital» de que son titulares los socios que adoptan los acuerdos en la junta de fecha 24 de julio de 2019, y en cuanto a los propios «acuerdos» adoptados por dicha junta, entre la certificación expedida el día 24 de julio de 2019 por don J. R. C., relativa a los acuerdos adoptados en dicha junta, que consta protocolizada en la escritura calificada. El recurrente presenta alegaciones únicamente respecto del primero de tales defectos y afirma que los artículos 282.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 378.1 del Reglamento del Registro Mercantil, así como la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado permiten la inscripción del cese de administrador, por lo que solicita que este se haga constar en los asientos registrales. La Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido que la falta de depósito no puede constituir obstáculo alguno a la inscripción del cese del administrador accediéndose así a una pretensión que tiene su fundamento en dicha norma legal y que, en cumplimiento del principio de rogación, debe ser formulada por quien tiene interés legítimo en concordar el contenido de los asientos registrales con la realidad respecto de la publicidad de una titularidad —la de su cargo de administrador— que ya se ha extinguido, aunque no puede condicionarse la eficacia del cese de los administradores, acordado por la junta general de la sociedad, a la validez, eficacia e inscripción del nombramiento del nuevo administrador, toda vez que dicho cese es un acto previo, autónomo y jurídicamente independiente de las actuaciones sociales subsiguientes. Aun cuando el primer defecto no puede ser confirmado, debe tenerse en cuenta que el segundo defecto no ha sido objeto de impugnación por el recurrente, por lo que no puede ser revocado. No obstante, se debe indicar que no procede practicar anotación por defecto subsanable cuando se halla pendiente de resolución un recurso interpuesto contra la calificación, puesto que, dado el régimen específico de prórroga del asiento de presentación derivado de la interposición del recurso, carece de sentido dicha anotación, sin perjuicio de que una vez finalizado este pueda el interesado subsanar el defecto o bien solicitar —ahora sí— la anotación preventiva por defecto subsanable.

Resolución de 19-2-2020
BOE 2-7-2020
Registro Mercantil de Madrid, número XXIII

NOTIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 111 RRM: FORMA.

Se presenta en el Registro Mercantil una escritura de elevación a público de los acuerdos de la junta general de socios por los que cesan al administrador único y nombran a otra persona para tal cargo. En dicha escritura consta el

requerimiento instado al notario autorizante por el nuevo administrador para que, conforme al artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil, notificara al anterior administrador su cese, requerimiento que fue cumplimentado mediante una diligencia aportada por el notario y en la que consta expresamente que los destinatarios de la misma se niegan a hacerse cargo de la notificación, advirtiéndoles el notario de su derecho a contestar en el plazo de dos días hábiles». El registrador mercantil resuelve no practicar la inscripción porque, según expresa en la calificación respecto del único de los defectos que es objeto de impugnación, «la notificación realizada al administrador saliente no cumple la exigencia del artículo 111.1 del Reglamento del Registro Mercantil, al no haberse realizado al domicilio del mismo según el Registro». No obstante, en su informe afirma que esta calificación tiene, «por un fallo informático», idéntico contenido a una calificación anterior no impugnada y que, en realidad, debería haberse advertido (como en la calificación de otra escritura análoga autorizada por el mismo notario respecto de otra sociedad pero con las mismas personas interesadas) que es necesario el envío de la cédula por correo certificado con acuse de recibo, tal y como establece el Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por haber resultado infructuosa la notificación al anterior titular de la facultad certificante. El recurrente alega que el defecto puesto de relieve en la nota registral es que no se ha practicado la notificación en el domicilio del administrador que figura en el Registro Mercantil, cuando del propio documento presentado resulta que esa notificación al administrador sí que se ha hecho en el domicilio que consta en dicho Registro, por lo que debe practicarse la inscripción. Por otro lado la exigencia del artículo 111 del RRM establece que la notificación quedará cumplimentada y se tendrá por hecha en cualquiera de las formas contempladas en el artículo 202 del Reglamento Notarial (correo certificado con acuse o personándose el notario en el domicilio del administrador cesado); y de la interpretación conjunta de estas normas, así como de la finalidad de las mismas, se desprende con claridad que si el notario, practicando personalmente la notificación, recibe una negativa a la entrega de la cédula en el domicilio que figura en el Registro Mercantil y decide cerrar el acta, carece de sentido obligarle a remitir la cédula, de nuevo, por correo certificado con aviso de recibo. Ciertamente, el defecto, en los términos en que se ha expresado en la calificación, no puede ser mantenido, toda vez que se acredita inequívocamente que la notificación al administrador cesado se ha practicado en el que figura como domicilio suyo en el Registro Mercantil. Cuestión distinta (y al margen de que la inscripción solicitada por el recurrente no es procedente por existir otro defecto que no se ha impugnado) es que, por la forma y el resultado de dicha notificación, esta no pudiera considerarse suficiente, extremo sobre el cual no procede decidir si bien, por ser objeto de argumentación por el recurrente, puede dejarse constancia de determinadas consideraciones en este expediente, al no provocarse con ello indefensión. La Dirección General de los Registros y del Notariado, a la vista de los artículos 202 y 203 del Reglamento Notarial, debe tenerse por efectuada la notificación (*vid.* el último párrafo del artículo 202, según el cual «la notificación o el requerimiento quedarán igualmente cumplimentados y se tendrán por hechos en cualquiera de las formas expresadas en este artículo») siempre que se cumplan los procedimientos establecidos en el primer precepto, ya se haga la entrega de la documentación objeto de notificación personalmente o a través del servicio de Correos, ya se constate la negativa a la recepción por la persona —que sea el interesado o su representante— con quien se haya entendido la diligencia, o en su caso (si en el domicilio que corresponda no hay persona idónea que la recibiera) se lleven a

cabo los dos intentos infructuosos de entrega de la cédula de notificación (uno de ellos por el notario de forma personal). Y es que, con carácter general, basta con asegurar la posibilidad razonable de que el notificado pueda informarse y conocer el contenido de lo que haya de comunicársele, sin que se exija o se imponga el resultado de que tenga un conocimiento efectivo. De este modo, en los casos como el presente, si se ha realizado únicamente el intento de notificación presencial prevista en citado artículo 202, pero no el envío de la cédula de notificación por correo certificado con acuse de recibo, existiría un obstáculo a la inscripción. Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso en cuanto al único defecto recurrido, en los términos en que se ha expresado en la calificación, si bien tal circunstancia no supone que la escritura pueda ser inscrita, por existir otro defecto no impugnado que lo impide, como resulta de los anteriores fundamentos de Derecho.

Resolución de 19-2-2020
BOE 2-7-2020
Registro Mercantil de Almería

RENUNCIA DE ADMINISTRADOR SOLIDARIO: NOTIFICACIÓN A DOMICILIO SOCIAL NO INSCRITO. TRACTO SUCESIVO.

El título cuya calificación se impugna es un acta notarial mediante la cual un administrador solidario renuncia a su cargo en la sociedad. En tal acta, se indica que el domicilio social de dicha entidad ha cambiado y se requiere al notario autorizante para que notifique a la sociedad en el actual domicilio social su renuncia como administrador solidario, enviándose copia simple de dicha acta al nuevo domicilio por correo certificado con aviso de recibo, recibiendo en la Notaría la devolución del acuse de recibo remitido en el que consta que no ha sido entregado al destinatario, ni se ha retirado de la oficina postal en el plazo legalmente establecido para ello. El registrador mercantil resuelve no practicar la inscripción por no constar en el Registro la dirección del nuevo domicilio social en Albox debiendo de faltar inscribir un título previo (art. 11 RRM). En el informe afirma que el día 1 de septiembre de 2016 se presentó en el mismo Registro Mercantil copia autorizada de la escritura en que se formalizó el referido cambio de domicilio social, otorgada el día 25 de agosto de 2016, cuya inscripción se suspendió el día 14 de septiembre de 2016 por estar el Registro cerrado por falta del depósito de cuentas de los ejercicios del año 2010 al año 2014. El recurrente alega que el administrador tiene la facultad de renunciar para desvincularse unilateralmente del cargo conferido, siendo su inscripción obligatoria pero no constitutiva, con efectos desde que la misma se realiza en forma y sin que la presente renuncia deje a la sociedad inoperante, por cuanto queda al frente de la misma otro administrador solidario, habiendo sido notificada dicha renuncia a la sociedad por el notario autorizante; que es un supuesto en el que se autoriza su inscripción pese al cierre de la hoja registral por falta de depósito de las cuentas anuales; y el principio de tracto sucesivo en sede del Registro Mercantil debe interpretarse restrictivamente. Antes de entrar en el fondo del asunto y conforme a la doctrina de la Dirección General la calificación tal y como ha sido formulada en el presente caso es la que debe ser objeto de análisis, sin que puedan abordarse otras cuestiones distintas de la expresada en la misma. No puede, por tanto, decidirse sobre la cuestión que el registrador plantea en su informe al afirmar que en la notificación practicada el

notario no ha cumplido lo establecido en el artículo 202 del Reglamento Notarial. La Dirección General estima el recurso y revoca la calificación del registrador porque según doctrina de dicho órgano directivo aunque no se excluye la facultad de libre renuncia al cargo de administrador de la sociedad de responsabilidad limitada, se supedita el reconocimiento registral de la dimisión a su previa comunicación fehaciente a la sociedad. La notificación a la sociedad se enmarca en el ámbito de las relaciones internas societarias de gestión, debe admitirse que el administrador dimisionario pueda cumplir su deber de diligencia mediante la comunicación realizada en el nuevo domicilio de la sociedad aun cuando este no se haya inscrito todavía. Debe advertirse que el cambio de domicilio social en el referido ámbito interno tiene efectos desde el momento en que se haya adoptado el correspondiente acuerdo social (*vid.* art. 159 de la Ley de Sociedades de Capital) y su inscripción no tiene carácter constitutivo, sin perjuicio de que la misma sea obligatoria y, a falta de ella, dicho acuerdo no sea oponible a terceros de buena fe. Además, el principio de tracto sucesivo no puede elevarse a obstáculo cuando lo que se pretende es que tenga reflejo registral el cese del administrador que ha cumplido su deber de diligencia al notificar a la sociedad.

Resolución de 19-2-2020
BOE 2-7-2020
Registro Mercantil de Madrid, número XIII

NOTIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 111 RRM: FORMA.

Se presenta en el Registro Mercantil una escritura de elevación a público de las decisiones del socio único de una sociedad unipersonal, por las que cesa al administrador único y nombra a otra persona para tal cargo. En dicha escritura consta el requerimiento instado al notario autorizante por el nuevo administrador para que, conforme al artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil, notificara al anterior administrador su cese, requerimiento que fue cumplimentado mediante una diligencia aportada por el notario y en la que consta expresamente que los destinatarios de la misma se niegan a hacer cargo de la notificación, advirtiéndoles el notario de su derecho a contestar en el plazo de dos días hábiles». El registrador mercantil resuelve no practicar la inscripción porque, según expresa en la calificación respecto del único de los defectos que es objeto de impugnación, habiendo resultado infructuosa la notificación al anterior titular de la facultad certificante, no puede considerarse cumplido el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil, al no acreditarse el envío de la cédula por correo certificado con acuse de recibo, tal y como establece el Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en su artículo 40 y artículo 202 del Reglamento Notarial, con el fin de asegurar que la sociedad ha hecho todo lo necesario para notificar al administrador cesado. El recurrente alega, en esencia, que el citado el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil establece que la notificación quedará cumplimentada y se tendrá por hecha en cualquiera de las formas contempladas en el artículo 202 del Reglamento Notarial; y de la interpretación conjunta de estas normas, así como de la finalidad de las mismas, se desprende con claridad que si el notario, practicando personalmente la notificación, recibe una negativa a la entrega de la cédula en el domicilio que figura en el Registro Mercantil y decide cerrar

el acta, carece de sentido obligarle a remitir la cédula, de nuevo, por correo certificado con aviso de recibo. El artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil establece que «la certificación del acuerdo por el que se nombre al titular de un cargo con facultad certificante, cuando haya sido extendida por el nombrado, solo tendrá efecto si se acompañare notificación fehaciente del nombramiento al anterior titular, con cargo inscrito, en el domicilio de este según el Registro. La notificación quedará cumplimentada y se tendrá por hecha en cualquiera de las formas expresadas en el artículo 202 del Reglamento Notarial». La Dirección General de los Registros y del Notariado tiene declarado que a la vista de los artículos 202 y 203 del Reglamento Notarial, considera que debe tenerse por efectuada la notificación (*vid.* el último párrafo del artículo 202, según el cual «la notificación o el requerimiento siempre que se cumplan los procedimientos establecidos en el primer precepto, ya se haga la entrega de la documentación objeto de notificación personalmente o a través del servicio de Correos, ya se constate la negativa a la recepción por la persona —que sea el interesado o su representante— con quien se haya entendido la diligencia, o en su caso (si en el domicilio que corresponda no hay persona idónea que la recibiera) se lleven a cabo los dos intentos infructuosos de entrega de la cédula de notificación (uno de ellos por el notario de forma personal). Y es que, con carácter general, basta con asegurar la posibilidad razonable de que el notificado pueda informarse y conocer el contenido de lo que haya de comunicársele, sin que se exija o se imponga el resultado de que tenga un conocimiento efectivo. Al haberse realizado en este caso únicamente el intento de notificación presencial prevista en citado artículo 202, pero no el envío de la cédula de notificación por correo certificado con acuse de recibo, debe confirmarse la calificación impugnada.

Resolución de 20-2-2020
BOE 2-7-2020
Registro Mercantil de Madrid, número XI

CESE DE ADMINISTRADORES: ACUERDO GENÉRICO DE CESE SIN NOMBRES.

Mediante la escritura cuya calificación ha sido impugnada se elevan a público los acuerdos sociales de disolución de una sociedad limitada unipersonal, y nombramiento de liquidador único, añadiéndose que «en consecuencia quedan cesados de su cargo los actuales administradores». Mediante diligencia extendida posteriormente por el notario en la citada escritura se hace constar el nombre y circunstancias personales de los tres administradores cesados. El registrador mercantil suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, «deben inscribirse previamente los cargos de administradores solidarios que por la presente se cesan, para la posterior calificación e inscripción, en su caso, del presente documento. Artículo 11 RRM». Al amparo del artículo 326 de la Ley Hipotecaria la calificación tal y como ha sido formulada en el presente caso es la que debe ser objeto de análisis, sin que puedan abordarse otras cuestiones distintas de la expresada en la misma. No puede por tanto decidirse sobre la cuestión que el registrador plantea en su informe al afirmar que "una vez inscritos, en su caso, los administradores, se procedería a la calificación del acuerdo de disolución y nombramiento de liquidador puesto que al tratarse de

certificación expedida por el liquidador nombrado y, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 111 del RRM, sería precisa la notificación fehaciente del nombramiento al anterior titular de la facultad certificante con cargo inscrito en el domicilio de este según el Registro. El artículo 11 del Reglamento del Registro Mercantil, se limita a establecer que para inscribir actos o contratos modificativos o extintivos de otros otorgados con anterioridad será precisa la previa inscripción de estos. Esta regla, que pudiera haber sido un obstáculo para inscribir el cese de un administrador cuyo nombramiento no estuviera inscrito, no puede elevarse a obstáculo cuando como ocurre en el presente caso lo que se pretende es que tenga reflejo registral el cese de todos los miembros del órgano de administración de modo que es patente la voluntad de cesar a todos los que lo fueran, figurara o no inscrito su previo nombramiento o reelección, y en tal situación tiene declarado la Dirección General (Resoluciones de 8 de marzo y 3 de diciembre de 1991, así como —para un caso análogo— la de 5 de mayo de 2005) que basta el acuerdo genérico de cese, sin necesidad de identificar a los afectados y aunque el nombramiento de alguno de los cesados no hubiera accedido al Registro, para que lo haga aquel desde el momento en que no es cuestionable su eficacia ni la falta de aquella inscripción previa permite la denegación de la inscripción del acuerdo respecto de todos los afectados. Por ello la Dirección General acuerda estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

Resolución de 20-2-2020
BOE 3-7-2020
Registro Mercantil de Valladolid

RENUNCIA DE ADMINISTRADOR ÚNICO. TITULACIÓN AUTÉNTICA PARA INSCRIBIR.

La cuestión central que se plantea es únicamente si puede o no inscribirse la renuncia del recurrente a su cargo de administrador único de dicha sociedad con base en su escrito en que así lo solicita, al que se acompaña únicamente copia simple de la escritura en que dicha renuncia se formalizó. En su calificación, la registradora expresa que no existe pendiente de despacho ningún otro documento relativo a la sociedad. Con carácter previo debe tenerse en cuenta que, conforme al artículo 326, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. Y, según la doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado, el recurso no es la vía adecuada para tratar de subsanar los defectos apreciados por el registrador. La objeción que opone la registradora debe confirmarse. Ciertamente, la inscripción de una dimisión del administrador como la que es objeto de calificación en el presente caso puede practicarse, según el artículo 147.1.1.º del citado Reglamento, mediante escrito de renuncia al cargo otorgado por el administrador y notificado fehacientemente a la sociedad —o en virtud de certificación del acta de la junta general—, con las firmas legitimadas notarialmente, en la que conste la presentación de dicha renuncia. Pero si la renuncia consta en escritura pública o acta notarial, es indudable que lo que debe presentarse a inscripción es una copia autorizada

de dicho documento público y no una copia simple del mismo, pues según el artículo 221 del Reglamento Notarial «se consideran escrituras públicas, además de la matriz, las copias de esta misma expedidas con las formalidades de derecho», entre las cuales se encuentra la necesidad de que estén signadas y firmadas por el notario que las expide, y según el artículo 224.2 del mismo «los notarios darán también copias simples sin efectos de copia autorizada». No obstante, el defecto es de fácil subsanación mediante la presentación en el Registro Mercantil, junto con la instancia calificada, de copia autorizada de la escritura de renuncia del administrador, pues como afirma la registradora en su informe en ella consta —según la referida copia simple— la notificación fehaciente a la sociedad conforme al artículo 147.1.1.º del Reglamento del Registro Mercantil y, aun cuando no se pudiera inscribir el nombramiento del nuevo administrador por falta de depósito de las cuentas anuales, cabe solicitar la inscripción parcial de dicha escritura —únicamente en cuanto a la renuncia del administrador— con base en lo establecido en el artículo 378.1 del citado Reglamento. Por último, no puede concluirse del mismo modo respecto de la solicitud de inscripción del cambio de domicilio social, pues —como también añade la registradora en su informe— aun cuando se presentara copia autorizada de la correspondiente escritura le afectaría el cierre registral por falta de depósito de cuentas de la sociedad.

Resolución de 26-2-2020
BOE 3-7-2020
Registro Mercantil de Barcelona, número V

CONTRADICCIÓN EN ACTA DE JUNTA. PRIVACIÓN DE VOTO EN JUNTA CONSTITUIDA.

En la resolución del presente recurso es imprescindible precisar las cuestiones a las que debe ceñirse, habida cuenta de las circunstancias y razonamientos que el registrador expresa en la calificación que ha sido impugnada, relativa a los acuerdos de la junta general de la sociedad por los que se acepta la dimisión de la administradora única y se nombra a un nuevo administrador. En las certificaciones de tales acuerdos sociales incorporadas a la escritura calificada y en las diligencias extendidas en esta se expresa: a) que «una vez formalizada la lista de asistencia se comprobó que asistieron a la reunión los socios, que entre presentes y representados, acreditaron estatutariamente disponer un 100% del capital social, b) que «tras formalizarse la lista de asistentes, los mismos manifestaron su conformidad a la celebración de la Junta en el lugar de la convocatoria fuese en Barcelona, diferente al del domicilio social —L'Hospitalet de Llobregat—; c) que todos los acuerdos de la junta «fueron adoptados por mayoría del 50% del capital social presente en la Junta», y d) Todos los presentes, que representaban la totalidad del capital social, estuvieron de acuerdo en celebrar dicha Junta (…) en Barcelona, si bien en el momento de apertura de la Junta, cuando se debía presentar la documentación relativa a la acreditación para la representación de socios, se denegó el derecho de voto al representante de una de las socias, al considerar que el poder de representación conferido no cumplía con los requisitos legales, en particular con lo dispuesto en al artículo 183 de la vigente Ley de Sociedades de Capital, si bien se le autorizó para estar presente en dicha Junta al tener interés legítimo». El registrador manifiesta que no es posible

entender que una representación puede considerarse suficiente para consentir la celebración de una junta fuera del término municipal donde la sociedad tenga su domicilio y, al mismo tiempo, entender que esa representación es insuficiente para ejercitar el derecho de voto precisamente en la junta que gracias a la misma representación se entiende válidamente constituida. Añade que corresponde al presidente de la junta pronunciarse sobre la válida constitución de la misma sin que tal pronunciamiento pueda ser objeto de revisión registral. El notario recurrente alega que no hay obstáculo para celebrar la junta general en Barcelona toda vez que la sociedad no tiene el domicilio real en Hospitalet de Llobregat y realiza su actividad principal y tiene la totalidad de la clientela en aquella capital; que las socias carecen de vínculo con Hospitalet y, una vez convocada la junta para celebrarse en Barcelona ninguna de ellas se opuso. Respecto de la representación de la socia no asistente personalmente, añade que fue después de constituida la mesa de la junta general cuando la presidenta examinó el poder de representación y entendió que no era suficiente, por lo que no dejó votar al apoderado, y este manifestó su disconformidad, se reservó las acciones legales que le pudieran corresponder y, no obstante, optó por permanecer en la junta para manifestar la opinión de su representada sobre las cuestiones relativas a las cuentas de la sociedad que le fueran contestadas en el transcurso de la reunión. En lo que interesa en este expediente, la importancia de la misión del que comprende tres fases: constitución de la junta, debate y votación. La primera actuación encaminada a la constitución de la junta es la formación de la mesa, una vez formada la mesa y elegido el presidente a él compete la formación de la lista de asistentes —entre ellos, los socios presentes y representados— así como la declaración sobre la válida constitución de la junta. En este momento, si el presidente niega legitimación para ejercitar los derechos de asistencia y voto a quien, a su juicio, no acredita suficientemente la representación de uno de los socios es indudable que no se puede considerar que la junta se constituya con carácter de junta universal (cfr. art. 178 de la Ley de Sociedades de Capital). En el caso del presente recurso tiene razón el registrador cuando considera que no es posible entender que una representación puede estimarse suficiente para consentir la celebración de una junta fuera del término municipal donde la sociedad tiene su domicilio y, al mismo tiempo, entender que esa representación es insuficiente para ejercitar el derecho de voto precisamente en la junta que gracias a la misma representación se considera válidamente constituida. Lo que ocurre es que, según la calificación impugnada, el registrador no cuestiona la declaración de la presidenta sobre la válida constitución de la junta y se limita a objetar que los acuerdos no han sido válidamente adoptados —o no resulta acreditada su adopción— porque no consta el sentido del voto de la socia que estaba presente en la junta según la propia lista de asistentes. Y, en realidad, es evidente que según el acta notarial de la junta no podía constar el sentido de dicho voto porque la presidenta denegó a dicha socia el ejercicio de tal derecho. Por ello, habida cuenta de que el recurso debe ceñirse a los defectos expresados en la calificación impugnada (cfr. art. 326 de la Ley Hipotecaria), la misma solo puede ser confirmada en el sentido de que existe contradicción entre el hecho de admitir que la junta está válidamente constituida y la denegación del ejercicio del derecho de voto de una de las dos únicas socias por negar validez a la representación alegada.

Resolución de 26-2-2020
BOE 3-7-2020
Registro Mercantil de Madrid, número XIII

EXCLUSIÓN DE SOCIOS. PRIVACIÓN DE DERECHO DE VOTO. VALORACIÓN DE LAS PARTICIPACIONES. DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE EN CASO DE EMBARGO. VOTACIÓN SECRETA EN JUNTA.

Mediante la escritura objeto de la calificación impugnada se constituye una sociedad de responsabilidad limitada en cuyos estatutos sociales se dispone que, notificado a la sociedad el inicio o apertura de un procedimiento administrativo o judicial de embargo de las participaciones sociales frente a cualquiera de los socios de la sociedad que tuviera como objeto la inmovilización de las mismas que pudiera desembocar en un procedimiento de ejecución forzosa, la sociedad, a través del órgano de administración, podrá adquirir la totalidad de las participaciones embargadas, debiendo ejercitar el derecho en un plazo máximo de tres meses a contar desde la notificación a la sociedad del procedimiento de embargo; y si la sociedad no ejercita este derecho, todos los socios podrán adquirir las participaciones embargadas, en el plazo máximo de veinte días. Además, se dispone que, en todos los casos anteriores, «el precio de la transmisión se corresponderá con el valor razonable de las participaciones, entendiéndose por valor razonable el valor contable que resulte del último balance aprobado por la Junta». Se añade también que «en tanto las participaciones sociales afectadas por el embargo no sean transmitidas en los términos previstos en los presentes estatutos, conferirán a su titular el ejercicio de sus derechos económicos y políticos, a excepción del ejercicio del voto en acuerdos que tengan por objeto decisiones que requieran de una mayoría reforzada según lo establecido en la Ley y en los presentes estatutos, detrayéndose su participación del cómputo de votos a los efectos de *quorum* y mayorías establecidas». También se dispone que «el Presidente dirigirá el debate, dará la palabra por orden de petición y las votaciones se harán a mano alzada, salvo cuando la votación deba ser secreta por decisión del presidente o petición de la mayoría de los asistentes, excepto en los supuestos en que dicha votación secreta no sea legalmente posible». Y, por último, se establece que será causa de exclusión de la sociedad —que deberá ser acordada por la junta general— el inicio de un procedimiento administrativo o judicial que acuerde el embargo de las participaciones de cualquier socio, ya sea de forma total o parcial, debiendo proceder la sociedad «a amortizar las participaciones sociales del socio afectado por la exclusión, cuya valoración a efectos de su contraprestación corresponderá con el valor razonable de las participaciones afectadas, entendiéndose por valor razonable el valor contable que resulte del último balance aprobado por la Junta». En el presente caso debemos indicar que los artículos estatutarios que han quedado transcritos (salvo en lo relativo a la votación secreta en junta general) son reproducción literal de los incorporados a la escritura pública que fue objeto del recurso resuelto, en el sentido de declararlos inscribibles, por la Dirección General de los Registros y del Notariado mediante la Resolución de 23 de mayo de 2019 (que, a su vez, coinciden casi en su totalidad con los que fueron examinados en la Resolución de 9 de mayo de 2019) y por esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en Resolución de 6 de febrero de 2020. El registrador, sin hacer referencia alguna a esas Resoluciones de 9 y 23 de mayo de 2019, resuelve no practicar la inscripción. No puede ser confirmada la calificación para unas disposiciones estatutarias que

son idénticas a las entonces analizadas, pues razones análogas a las que se alegan ahora no fueron desconocidas en las mencionadas resoluciones cuya doctrina debe reiterarse ahora. En relación con el derecho de adquisición preferente en caso de inicio o apertura de un procedimiento administrativo o judicial de embargo de las participaciones sociales, la Dirección General de los Registros y del Notariado en las citadas Resoluciones de 9 y 23 de mayo de 2019 afirma que debe tenerse en cuenta que, respecto del régimen de transmisión de participaciones sociales en caso de procedimiento administrativo o judicial de embargo, el artículo 109 de la Ley de Sociedades de Capital establece la suspensión del remate y de la adjudicación de las participaciones sociales embargadas y el derecho de los socios y, en su defecto —solo si los estatutos le atribuyen en su favor el derecho de adquisición preferente—, de la sociedad, a subrogarse en lugar del rematante o, en su caso, del acreedor, mediante la aceptación expresa de todas las condiciones de la subasta y la consignación íntegra del importe del remate o, en su caso, de la adjudicación al acreedor y de todos los gastos causados. Pero este régimen legal no impide que, con base en el principio de autonomía de la voluntad (art. 28 de la Ley de Sociedades de Capital), puedan prevenirse en los estatutos sociales sistemas alternativos como los establecidos en los estatutos objeto de la calificación impugnada, que, en caso de inicio de un procedimiento de embargo —en una fase anterior a la suspensión del remate o adjudicación a que se refiere el citado artículo 109 de la Ley de Sociedades de Capital— atribuye a la sociedad y a los socios el derecho de adquirir tales participaciones por su valor razonable, con la previsión añadida de que, en defecto de ejercicio de tal derecho de adquisición, pueda la junta general adoptar el acuerdo de excluir al socio afectado por el inicio de ese procedimiento de embargo de las participaciones, con la consiguiente amortización de las participaciones del socio afectado por la exclusión. La previsión estatutaria como la debatida en el presente caso, que establece el derecho de la sociedad y de los socios a evitar el ingreso de nuevos miembros mediante el abono del valor de las participaciones, contribuye a definir el contenido jurídico de la posición social representada por aquellas, y no resulta incompatible con las normas procedimentales, cuyo carácter subordinado no puede desconocerse. De este modo, en un caso como el presente, ejercitado el derecho de adquisición o excluido el socio cuyas participaciones están afectadas por el inicio de un procedimiento de embargo, el precio de la transmisión o la cuota de liquidación del socio excluido sustituye a las participaciones sociales cuyo embargo se pretendía iniciar. Respecto de la forma de valoración de las participaciones del socio excluido deben recordarse las consideraciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en las citadas Resoluciones de 9 y 23 de mayo de 2019. En relación con el régimen de transmisión voluntaria de participaciones sociales por acto «*inter vivos*», a título oneroso o gratuito, esa Dirección General, en Resolución de 15 de noviembre de 2016, admitió la inscripción de la disposición estatutaria por la que se atribuía a los socios un derecho de adquisición preferente que habría de ejercitarse por el valor razonable de las participaciones de cuya transmisión se tratara, que sería el valor contable resultante del último balance aprobado por la junta (o el precio comunicado a la sociedad por el socio comprador si fuera inferior a ese valor contable). El régimen de transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos «*inter vivos*» únicamente queda sujeto a los límites generales derivados de las leyes y de los principios configuradores del tipo social elegido (art. 28 de la Ley de Sociedades de Capital) así como a las limitaciones específicas establecidas en el artículo 108 de la misma ley. Entre

tales limitaciones legales no existe ninguna que prohíba pactar como precio o valor de las participaciones objeto del derecho de adquisición preferente el valor contable que resulte del último balance aprobado por la junta general. Si se tienen en cuenta «mutatis mutandis» las consideraciones anteriormente expresadas sobre la admisión por la Resolución de 15 de noviembre de 2016 de la inscripción de la disposición estatutaria sobre un derecho de adquisición preferente ejercitable por el valor razonable de las participaciones, que sería el valor contable resultante del último balance aprobado por la junta, no puede confirmarse la concreta objeción que opone el registradora la forma de valoración de las participaciones del socio excluido. En cuanto a si es o no inscribible la cláusula estatutaria por la cual se previene que, mientras las participaciones sociales afectadas por el embargo no sean transmitidas en la forma establecida en los mismos estatutos, tales participaciones no conferirán a su titular el «ejercicio del voto en acuerdos que tengan por objeto decisiones que requieran de una mayoría reforzada según lo establecido en la Ley y en los presentes estatutos, detrayéndose su participación del cómputo de votos a los efectos de *quorum* y mayorías establecidas». Es inscribible en base al principio de autonomía de la voluntad y porque, concretamente, en el presente caso en que se aprueban los estatutos por unanimidad y no es imaginable que los futuros adquirentes de las participaciones sociales no conozcan el régimen aplicable según los estatutos que gozan de la publicidad del Registro Mercantil. Por último, debe decidirse si debe o no inscribirse la cláusula estatutaria por la que, en relación con las juntas generales, se dispone que «el presidente dirigirá el debate, dará la palabra por orden de petición y las votaciones se harán a mano alzada, salvo cuando la votación deba ser secreta por decisión del presidente o petición de la mayoría de los asistentes, excepto en los supuestos en que dicha votación secreta no sea legalmente posible». Considera el registrador que esta disposición, en cuanto admite votación secreta en las juntas, no puede ser inscrita. Afirma que la identificación del sentido del voto de cada uno de los socios en las juntas generales tiene una gran transcendencia jurídica en multitud de supuestos, lo que impide la votación secreta. En cualquier caso, en la cláusula estatutaria debatida en este expediente se dejan expresamente a salvo «los supuestos en que dicha votación secreta no sea legalmente posible», por lo que los referidos inconvenientes de esta forma de votación quedan soslayados mediante esa salvedad y esta es la razón fundamental que permite concluir en la admisibilidad de tal disposición.

Resolución de 5-3-2020
BOE 3-7-2020
Registro Mercantil de Madrid, número XIX

SENTENCIA DE NULIDAD DE ACUERDOS INSCRITA: IMPIDE INSCRIBIR DICHOS ACUERDOS.

Por el presente recurso se pretende la inscripción de una escritura autorizada el día 6 de octubre de 2015 mediante la cual se elevaron a público los acuerdos adoptados por el consejo de administración de la sociedad limitada el día 24 de septiembre de 2015 por los que se traslada el domicilio social. Dicha escritura fue ya objeto de calificación negativa el día 14 de marzo de 2016, por haberse practicado, el día 13 de noviembre de 2013, anotación preventiva de la demanda en el Registro Mercantil «(…) para que se abstengan de inscribir los acuerdos

suspendidos y de tramitar el cambio de domicilio de la sociedad a la provincia de Madrid y apercibiendo al Consejo de Administración (…) de la prohibición de realizar cualquier acto de ejecución de los acuerdos suspendidos». Impugnada dicha calificación, fue confirmada mediante Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de julio de 2016. Por esa razón, presentada de nuevo la referida escritura, el registrador suspende la inscripción solicitada y expresa que la demanda objeto de anotación fue estimada y declarada la nulidad de esos acuerdos, que causó la inscripción 31.ª y entre esos acuerdos estaba el traslado de domicilio social a la provincia de Madrid. La referida calificación debe ser confirmada, según la reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr. Resoluciones de 14 de enero, 8 de marzo y 7 de diciembre de 2012 y 30 de enero, 19 de mayo y 21 de octubre de 2014), con un criterio que ha sido también mantenido en la Resolución de esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 27 de febrero de 2020. Entiende la Dirección General de los Registros y del Notariado al afirmar que «la posibilidad que brinda el artículo 108 del Reglamento Hipotecario, y en la que pretende ampararse el recurrente, de presentar de nuevo a calificación los títulos que ya lo hubieran sido previamente (…) no puede desenfocarse hasta el punto de pretender que en el caso de haberse interpuesto dicho recurso y pendiente de resolución, puede volver a plantearse y en igual sede la misma cuestión. La seguridad jurídica y la propia eficacia y utilidad del sistema de recursos que el legislador ha arbitrado como mecanismos de tutela jurídica, exigen, por un lado, que en tanto la cuestión planteada no se resuelva definitivamente, el mismo interesado no puede volver a plantearla por igual vía, y, por otro, que las resoluciones que la agoten sean definitivas sin posibilidad de reproducir en ella la misma pretensión [cfr. arts. 533.5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 1252 CC, 109 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, 69 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa]» (cfr. Resolución de 15 de junio de 2000). Esta interpretación no ha quedado desvirtuada ni por las reformas introducidas con posterioridad en la legislación hipotecaria ni por la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 2011; antes al contrario, ha de entenderse confirmada por las mismas. Ajustándose plenamente la calificación impugnada a los postulados de la Dirección General de los Registros y del Notariado reseñados por extenso más arriba, la cuestión de fondo habrá de plantearse ante los tribunales de Justicia; pues, al encontrarse los asientos del registro bajo la salvaguardia de los tribunales con arreglo al artículo 1 de la Ley Hipotecaria, los mismos solo podrán cancelarse o rectificarse con consentimiento del titular registral o mediante resolución judicial firme recaída en el procedimiento declarativo correspondiente, seguido contra todos aquellos a quienes los asientos que se traten de rectificar concedan algún derecho (cfr. art. 40 Ley Hipotecaria). La mera iniciación de estos procedimientos ante los tribunales no puede motivar asiento alguno, pues es necesario que el juzgado o tribunal competente decrete la correspondiente medida preventiva o cautelar que proceda, a través de la correspondiente anotación preventiva; asiento idóneo para recogerlas en los libros registrales mediante la resolución del correspondiente órgano judicial y el consiguiente mandamiento decretando la práctica de dicha anotación. Por ello, no cabe tampoco que el interesado solicite directamente en el Registro la práctica de una medida cautelar, ni que esta proceda —indirectamente— por el mero hecho de alegar, o incluso acreditar, la presentación de la demanda en el Juzgado correspondiente. El artículo 727.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

recoge como medida cautelar la anotación preventiva de demanda cuando esta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos, y el artículo 738.2, párrafo tercero de la misma ley se remite a las normas de la legislación hipotecaria en cuanto a la extensión de la anotación preventiva. A su vez, el artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria contempla la anotación preventiva de demanda y el artículo 165 del Reglamento Hipotecario, aplicable a toda anotación que haya de practicarse en virtud de mandato judicial, establece que «se verificará en virtud de presentación en el Registro del mandamiento del Juez o Tribunal, en el que se insertará literalmente la resolución respectiva con su fecha y se hará constar, en su caso, que es firme». Frente a las alegaciones del recurrente, no puede entenderse que haya sobrevenido un acto posterior que modifique la situación, pues debe tenerse en cuenta que de la inscripción 31.ª del historial registral de la hoja de Cáceres resulta que se convirtió la medida cautelar de la anotación preventiva letra B en inscripción definitiva publicando «*erga omnes*» la sentencia firme recaída en juicio ordinario número 309/2013, de modo que quedaron sin efecto las medidas cautelares precisamente porque hay una sentencia firme que ratifica la postura procesal. Y en la anotación letra B de ese historial consta que se apercibe al consejo de administración de la prohibición de realizar cualquier acto de ejecución de los acuerdos suspendidos respecto del cambio de domicilio, no existiendo acto posterior alguno salvo la sentencia de fecha 6 de octubre de 2015 que motivó la calificación suspensiva confirmada en la referida Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de julio de 2016. Por ello, es improcedente decidir sobre los restantes defectos de la calificación ahora impugnada.

Resolución de 4-3-2020
BOE 6-7-2020
Registro Mercantil de Madrid, número II

HIPOTECA DE MARCA CADUCADA. NOVACIÓN DE HIPOTECA. SUBROGACIÓN REAL. TÍTULO INSCRIBIBLE.

La cuestión principal que se plantea en el presente recurso radica en determinar si la sustitución de la «marca gravada» con una hipoteca mobiliaria, marca que tenía un número determinado en la Oficina Española de Patentes y Marcas y cuyo registro había caducado, por la misma marca que se ha vuelto a registrar pero que tiene ahora distinto número en la Oficina Española de Patentes y Marcas, constituye un supuesto de novación modificativa, ya que la marca gravada materialmente es la misma, o de novación extintiva, ya que se trataría de un objeto gravado distinto, lo que implicaría la cancelación de la hipoteca primitiva y la necesidad de constituir una nueva hipoteca «*ex novo*» sobre la nueva marca inscrita. La registradora de bienes muebles calificante, que adicionalmente señala, como segundo defecto, que el título para la inscripción de las novaciones de la hipoteca mobiliaria es la escritura pública (arts. 3 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión y 145 de la Ley Hipotecaria). Dicha novación se solicita por instancia privada suscrita por el prestatario acompañada de la certificación de la nueva inscripción causada en la Oficina Española de Patentes y Marcas. Por último, el tercer defecto de la nota de calificación versa sobre la falta del consentimiento del acreedor hipotecario, por entender que solo el acuerdo de todas las partes del contrato

puede modificar la relación obligatoria o su garantía, en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC). Finalmente, concluye la nota de calificación que de la documentación aportada, especialmente de la comunicación de la Oficina Española de Patentes y Marcas, resulta que la marca hipotecada caducó, dejando sin efectos los derechos derivados de la inscripción, y a la obligación garantizada sin la garantía de la hipoteca mobiliaria, surgiendo a favor del acreedor hipotecario los derechos que le concede el artículo 60.4 de la Ley de Marcas de declarar el vencimiento anticipado de la obligación. Por su parte, el recurrente considera que a través de la instancia presentada y de la documentación adjunta no se solicitaba la inscripción de una novación de la hipoteca mobiliaria, sino únicamente la constancia del nuevo elemento identificador, el número de registro de la marca gravada ante la Oficina Española de Patentes y Marcas, mediante nota marginal, pero permaneciendo invariable la misma garantía. En consecuencia, no tratándose de un supuesto de novación de hipoteca, modificativa o extintiva, sino de una aclaración de la descripción del mismo objeto gravado, estima el recurrente que no es necesaria ni el otorgamiento de escritura pública ni el consentimiento del acreedor hipotecario, y que basta con la certificación de su nueva identificación en la Oficina Española de Patentes y Marcas. Se explica detalladamente en el recurso las razones que se entiende permiten acreditar que la Marca objeto de la solicitud de indicación registral es materialmente idéntica a la caducada y reflejada ya en el Registro de Bienes Muebles, y que es de uso habitual por parte de la entidad prestataria en el tráfico jurídico. La única razón por la que se ha procedido al cambio de número en el Registro de Marcas del objeto gravado es que, a consecuencia de la caducidad, no es posible conservar el mismo número, como ocurre en la renovación, sino que a una nueva petición de Registro, le corresponde un nuevo número identificador al haberse perdido el anterior por la caducidad. En cuanto al significado del artículo 60.4 de la Ley de Marcas, afirma el recurrente que, una interpretación *a sensu contrario* del mismo, permite concluir que aun cuando mediare caducidad o nulidad de la marca objeto de la garantía, la hipoteca subsiste gravando la misma en tanto en cuanto el acreedor no dé por vencida la obligación garantizada, lo cual únicamente tendría lugar a través de un acto efectivo de ejercicio de este derecho. Por último, se argumenta en el recurso que pese al carácter facultativo y característico de la Oficina Nacional de Patentes y Marcas, la inscripción de la hipoteca mobiliaria en el Registro de Bienes Muebles es obligatoria, de manera que pese a que efectivamente la hipoteca recae sobre un objeto incorporal (pero existente en el tráfico jurídico), se constituye válida e independientemente de la no inscripción en tal Oficina por lo que el cambio de su número identificador en nada puede afectar a su vigencia. Es cierto, como señala la registradora calificante que el concepto sustitución de la finca u objeto gravado no constituye un supuesto de novación modificativa, sino una novación extintiva, que implica la cancelación de la hipoteca primitiva y la necesidad de constituir una nueva hipoteca «*ex novo*», aunque sus concretas cláusulas puedan pactarse por referencia a una escritura anterior que se constituya en complementaria. Pero también es cierto, que en determinadas ocasiones el legislador impone una subrogación objetiva, sustituyendo la finca hipotecada por otra y manteniendo el mismo derecho y su rango En tales supuestos, la Ley llega a esa solución aplicando, por necesidades de seguridad jurídica en el tráfico, la convención de entender que la finca o bien gravado en realidad sigue siendo el mismo, es decir, que es el continuador de su historial jurídico en virtud del denominado principio de subrogación real, cuando tal circunstancia resulta de

la aplicación de la normativa aplicable. Pues bien, la aplicación de esta doctrina es la que infiere de la argumentación del recurso, en el que la parte interesada viene a afirmar que lo que se solicita no es el cambio de la marca hipotecada, que sigue siendo la misma, sino la constancia registral de su nueva identificación en la Oficina Española de Patentes y Marcas, motivada por problemas en la renovación de la misma, lo que ha obligado a un nuevo registro, rehabilitación o restablecimiento de dicha marca. En definitiva, la Dirección General revoca la calificación porque se trata de un supuesto semejante al cambio del nombre de calle, o del número de la misma, en que se encuentra situado el inmueble gravado con hipoteca inmobiliaria, e igual que en este caso se exige el correspondiente certificado municipal acreditativo. Y como en ese caso está legitimado a reflejarlo en el Registro el titular del bien hipotecado, siempre que se acredite fehacientemente, como ocurre en el presente supuesto donde se acompaña certificación específica de la Oficina de Española de Patentes y Marcas acreditativa de la nueva inscripción de la marca hipotecada.

Resolución de 6-3-2020
BOE 6-7-2020
Registro Mercantil Central, número III

REGISTRO MERCANTIL CENTRAL. DENOMINACIONES SOCIALES. SEMEJANZA GRÁFICA Y FONÉTICA DE DENOMINACIONES.

Solicitada del Registro Mercantil Central por un interesado certificación negativa respecto a la denominación «Eversia, Sociedad Anónima», recibe certificación positiva por considerar el registrador que existe identidad entre la misma y otras ya existentes: «Evergia, S.L.», «Heversi, Sociedad Limitada», «Ibersia, S.L.» y «Reversia, S.L.», entre otras. La identidad de denominaciones no se constriñe al supuesto de coincidencia total y absoluta entre ellas, sino que se proyecta a otros casos en los que la presencia de algunos elementos coincidentes puede inducir a error sobre la identidad de sociedades. Este Centro Directivo, en materia de denominaciones sociales el concepto de identidad debe considerarse ampliado a lo que se llama «cuasi identidad» o «identidad sustancial». Se trata de valorar cuándo el nombre identifica, con un cierto margen de seguridad, al sujeto responsable de determinadas relaciones jurídicas. Por ello, si la interpretación de los criterios normativos, sobre todo la de aquellos que incorporan conceptos revestidos de una mayor indeterminación, como los relativos a términos o expresiones «genéricas o accesorias», a signos o partículas «de escasa significación» o a palabras de «notoria semejanza fonética» no tiene por qué realizarse de forma restrictiva. Lo que se debe considerar es la suficiencia para dar lugar a errores de identidad. El presente caso no puede confirmarse la calificación impugnada porque, aunque existe cierta semejanza gráfica y también fonética entre «Eversia», «Evergia», «Heversi», «Ibersia» y «Reversia», 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.

Resolución de 11-3-2020
BOE 6-7-2020
Registro Mercantil de Madrid, número III

LEGITIMACIÓN PARA CONCEDER PODER. JUICIO NOTARIAL DE SUFICIENCIA DE FACULTADES.

El título objeto de la calificación impugnada es una escritura de apoderamiento en cuyo otorgamiento la sociedad poderdante está representada por persona que actúa mediante un poder conferido en su favor el día 17 de julio de 2019 que el notario autorizante considera suficiente para dicho otorgamiento, según expresa en dicha escritura. Además, expresa que en la referida escritura de 17 de julio de 2019 se confiere poder a aquella persona «…"para que configuren la denominada estructura segundo nivel de apoderados, sustituyendo en lo necesario las facultades conferidas a los 'apoderados de primer nivel' según consta en la certificación unida que, a efectos internos, se eleva a público…"». La registradora suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio: a) el compareciente carece de legitimación para conceder el poder que en la escritura se otorga, pues falta la previa atribución al poderdante de las facultades que este confiere a los apoderados, ya que en el poder en virtud del cual actúa se le confiere la facultad de sustituir facultades de otros apoderados, facultades que él mismo no ostenta; b) el juicio de suficiencia de las facultades representativas del compareciente es, por tanto, incongruente. Existe incongruencia de la reseña del documento auténtico de representación y el juicio de suficiencia de las facultades representativas con la comparecencia (artículo 98 de Ley 24/2001). Falta legitimación del compareciente para conceder el poder; y c) en consecuencia, falta ratificación por persona con facultades suficientes. El recurrente alega que sustancialmente, en la calificación impugnada se expresa un solo defecto: la ausencia de facultades del apoderado para formalizar el negocio jurídico que consta en la escritura, otorgamiento de poder general. La escritura cumple todas la exigencias legales y en todo caso en base a las Sentencias del Tribunal Supremo número 645/2011, de 23 de septiembre, 643/2018, de 20 de noviembre, y 661/2018 de 22 de noviembre, según las cuales la valoración de la suficiencia de las facultades de representación el otorgante de la escritura le corresponde al notario autorizante sin que el registrador pueda revisar dicho juicio en la medida en que resulte congruente con el contenido del título al que se refiere; y especialmente relevante es la citada Sentencia número 661/2018, de 22 de noviembre, al afirmar que, como el registrador no puede revisar en su calificación la corrección del juicio de suficiencia, resulta irrelevante que esa pretendida revisión del registrador se funde en la información que respecto del poder aparezca en la hoja registral de la sociedad representada por el otorgante. Conforme a la doctrina de la Dirección General, en la línea de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el notario debe emitir su juicio relativo a la suficiencia de las facultades representativas para el acto concreto que autoriza, bien especificando cuál sea este o bien incluyendo otra reseña, siquiera mínima, de facultades. El registrador, por su parte, calificará la concurrencia de los dos requisitos y también la congruencia de ese juicio notarial con el acto o negocio jurídico documentado. Por ello, el registrador debe suspender la inscripción por falta de congruencia del juicio notarial acerca de las facultades representativas del apoderado o representante si el notario utiliza expresiones genéricas, ambiguas o imprecisas, como cuando usa fórmulas de estilo que —a falta de

reseña, siquiera somera, de las facultades acreditadas— se circunscriben a afirmar que la representación es suficiente «para el acto o negocio documentado», en vez de referirse de forma concreta y expresa al tipo de acto o negocio que en la escritura se formaliza (cfr., entre otras muchas, la Resolución de 14 de julio de 2015). En el presente caso, el notario autorizante del título calificado ha reseñado debidamente el documento auténtico del que nacen las facultades representativas. Así, manifiesta que el mismo es una escritura pública mediante la cual ha conferido el poder la sociedad poderdante y se especifican datos suficientes de dicha escritura de apoderamiento (notario autorizante, fecha, número de protocolo y datos de inscripción en el Registro Mercantil). Además expresa que mediante tal documento se conceden al apoderado facultades que considera suficientes para el otorgamiento de la escritura de poder general mercantil calificada. Y lo cierto es que no puede entenderse que en este caso dicho juicio de suficiencia sea erróneo y, por tanto, incongruente con el contenido del negocio formalizado. Como afirma el recurrente en su escrito de impugnación, de la escritura calificada resulta que, a su juicio, el apoderado está actuando dentro del ámbito de sus atribuciones al configurar la denominada «estructura segundo nivel de apoderados» confiriendo en lo necesario las facultades conferidas a los «apoderados de primer nivel», sin que se trate propiamente de una mera sustitución. Debe concluirse, por tanto, que en el caso a que se refiere este expediente la calificación comporta una revisión de la valoración notarial sobre la suficiencia de las referidas facultades representativas acreditadas que no compete al registrador, pues no se trata de uno de los supuestos en los cuales —según la referida doctrina de este Centro Directivo—, por error evidente en el juicio que bajo su responsabilidad emita el notario, pueda ser entendido como falta de congruencia entre dicho juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas y el contenido del negocio formalizado en la escritura calificada.

Resolución de 12-3-2020
BOE 6-7-2020
Registro Mercantil de Cádiz, número II

INDEPENDENCIA DE LA CALIFICACIÓN. PRINCIPIO DE TITULACIÓN AUTÉNTICA PARA INSCRIBIR. ACTA NOTARIAL DE JUNTA. CONVOCATORIA DE JUNTA. DERECHO DE INFORMACIÓN DE SOCIOS. PLAZO PARA DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE: CÓMPUTO.

Mediante la escritura cuya calificación es impugnada se elevaron a público determinados acuerdos adoptados por junta general de una sociedad anónima de aumento de capital —en parte mediante compensación de créditos y en parte mediante aportaciones dinerarias— y suscripción de acciones en su ejecución (se añade en la rúbrica de dicha escritura: «con el objetivo de cumplir el Real Decreto 1251/1999 de 16 de julio sobre la fijación del nuevo capital social mínimo de las SAD por haber ascendido a categoría profesional»). Antes de entrar en el fondo del asunto y como ha reiterado la Dirección General de los Registros y del Notariado, el registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción, no está vinculado por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación, y ello por aplicación del principio de independencia en ese ejercicio

de su función. Caducado un asiento de presentación, cesan todos sus efectos, en definitiva, la nueva presentación significa el inicio —«*ex novo*»— de todo el procedimiento registral, como ha sucedido en el presente caso entre las distintas notas de calificación emitidas por el registrador (cfr. Resoluciones de 5 de marzo de 2014, 1 de abril, 5 de junio y 7 de septiembre de 2015 y 2 de noviembre de 2016). En este caso junto a la escritura calificada no se presentó el acta notarial de junta y la calificación tiene bien presente la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado reiterada en la Resolución de 28 de enero de 2019, entre otras, por lo que no cabe abundar tampoco más en esta cuestión. En cuanto al fondo del recurso, según el primero de los defectos expresados por el registrador, debe aportarse el acta notarial de la junta general para comprobar y calificar que se trata de una de las actas de las reguladas en los artículos 101 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y que, por tanto, no necesita aprobación, además de comprobar si el requerimiento al notario se ha efectuado correctamente y demás extremos concernientes a la celebración de la junta general que redunden en la validez de la misma. En este caso, con el escrito de interposición del recurso se acompaña una mera fotocopia del acta en cuestión y que por tanto —y en forma auténtica— no habría sido presentada en tiempo y forma para ser calificada, hacen innecesarias mayores precisiones; indudablemente, debe aplicarse el principio de titulación auténtica que recogen los artículos 3 de la Ley Hipotecaria, 18 del Código de Comercio y 5 del Reglamento del Registro Mercantil, y unas fotocopias quedan lejos de cumplir tal exigencia, por lo que el primer defecto ha de ser confirmado. La problemática que plantea el defecto segundo de la nota de calificación se encuadra dentro del derecho de información de los accionistas (más en concreto sobre la aplicación del artículo 301, apartados 2 y 4, de la Ley de Sociedades de Capital y sus especiales exigencias formales respecto de la convocatoria de la junta en determinados casos). La Dirección General de los Registros y del Notariado ha reiterado en numerosas ocasiones que el derecho de información de los accionistas o socios, en cuanto unitario, determina que la ausencia o falta de alguno de los requerimientos que debe comprender la convocatoria afecta a la totalidad. Por ello, y por el especial rigor con que se pronuncia el legislador, la omisión total o parcial de todos o algunos de los requerimientos que conforman el derecho de información implica un vicio de la convocatoria invalidando el acuerdo que sobre el particular se pueda adoptar. Es precisamente el carácter «mínimo» y esencial del derecho de información del accionista o socio el que ha provocado una dilatada doctrina que incide sobre su trascendencia y sobre la necesidad de extremar el rigor en su defensa hasta el punto de que se ha afirmado reiteradamente que en caso de duda procede actuar en su salvaguarda rechazando la inscripción (por todas, Resolución de 8 de julio de 2005). Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha afirmado que tan rigurosa doctrina debe mitigarse en ocasiones, por lo que, debido a los efectos devastadores de la nulidad, los defectos meramente formales pueden orillarse siempre que por su escasa relevancia no comprometan los derechos individuales del accionista o socio. En el supuesto al que se refiere el presente recurso el texto de la convocatoria de la junta general, respecto del derecho de información se refiere a los derechos que confieren los artículos 272.2 de la de la Ley de Sociedades de Capital relativo a la aprobación de las cuentas anuales y 287 en lo que se refiere a la modificación de estatutos. La cuestión se centra en el hecho de que el anuncio de convocatoria no hace referencia

explícita alguna a los apartados 2 y 4 del artículo 301 de la Ley de Sociedades de Capital, para el caso de aumento de capital por compensación de créditos, conforme a los cuales el anuncio de convocatoria debe expresar el derecho de los socios a examinar el informe del órgano de administración sobre los extremos a que se refiere el apartado 2 de este artículo y la certificación del auditor de cuentas, así como pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos. Es cierto, como resulta de las consideraciones ya expuestas, que es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado que el severo régimen de exigencia formal de la convocatoria de juntas debe mitigarse cuando por el conjunto de circunstancias concurrentes no resulten indebidamente postergados los derechos individuales del accionista. Ahora bien, esta doctrina no puede resultar de aplicación en aquellos supuestos en que la convocatoria omite en su totalidad el régimen de protección específico del derecho de información, por tener, según la Dirección General, la omisión «el carácter relevante» a que se refiere el precepto al excepcionar del régimen de dispensa las infracciones formales que afectan a derechos esenciales de los socios. Por lo expuesto, a la vista de los inequívocos términos del artículo 301 de la Ley de Sociedades de Capital, al que no se ajusta la convocatoria realizada, el segundo defecto ha de ser igualmente confirmado. Por último analizar el tercer defecto expresado en la nota de calificación relativo a el plazo para el ejercicio del derecho de suscripción preferente acordado por la junta general y publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil por el presidente del consejo de administración, se observa una evidente discordancia entre el texto legal y lo acordado en la junta, y debe ponerse de relieve, en primer término, algo obvio, como es que los plazos por meses se computan de fecha a fecha (*vid.* arts. 5.1 CC y 60 del Código de Comercio), lo que bastaría por sí para confirmar el defecto recurrido, pues computar treinta días (acordado en junta) es algo bien distinto a computar un plazo de fecha a fecha (regulación legal). La Dirección General confirma igualmente este aspecto.

Resolución de 20-3-2020
BOE 9-7-2020
Registro Mercantil de Madrid, número XIX

RENUNCIA DE ADMINISTRADOR ÚNICO. CIERRE REGISTRAL POR FALTA DE DEPÓSITO. CIERRE REGISTRAL POR BAJA PROVISIONAL EN ÍNDICE DE ENTIDADES AEAT.

Mediante el presente recurso se pretende únicamente que se haga constar en el Registro Mercantil la renuncia al cargo de administradora única de una sociedad limitada. El registrador suspende la práctica del asiento solicitado porque la sociedad figura dada de baja provisional de la sociedad en el Índice de Entidades de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y porque la hoja de la sociedad ha sido cerrada, conforme al artículo 378 del Reglamento del Registro Mercantil, por falta de depósito de las cuentas anuales. Manifiesta la recurrente que puede practicarse la inscripción de su cese como administradora por tratarse de una de las excepciones expresamente incluidas en el referido precepto reglamentario. La Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido que la falta de depósito no puede constituir obstáculo alguno a la inscripción del cese del administrador accediéndose así a una pretensión

que tiene su fundamento en dicha norma legal y que, en cumplimiento del principio de rogación, debe ser formulada por quien tiene interés legítimo en concordar el contenido de los asientos registrales con la realidad respecto de la publicidad de una titularidad —la de su cargo de administrador— que ya se ha extinguido, aunque no puede condicionarse la eficacia del cese de los administradores, acordado por la junta general de la sociedad, a la validez, eficacia e inscripción del nombramiento del nuevo administrador, toda vez que dicho cese es un acto previo, autónomo y jurídicamente independiente de las actuaciones sociales subsiguientes. Conforme a tal normativa, procedería la inscripción de la dimisión de la administradora única, denegándose la inscripción del nombramiento del administrador único, pues en la misma escritura se solicita la inscripción parcial de la misma (y, por ende, el segundo de los defectos expresados por el registrador habría de ser revocado parcialmente), pero ello no es posible por constar inscrita la baja provisional de la sociedad en el Índice de Entidades de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, cuestión sobre la que este Centro Directivo se ha pronunciado en reiteradas ocasiones que establecía que en caso de baja provisional de una sociedad en el Índice de Entidades de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, se imponía un cierre registral prácticamente total del que tan solo quedaba excluida la certificación de alta en dicho Índice. El contenido de estas normas es concluyente para el registrador: vigente la nota marginal de cierre por baja provisional en el Índice de Entidades, no podrá practicar ningún asiento en la hoja abierta a la sociedad afectada, a salvo las excepciones citadas. Y producido tal cierre ni siquiera puede inscribirse —como pretende el recurrente— el cese de los administradores. Por ello, el recurso no puede prosperar pues entre las excepciones a la norma de cierre que los preceptos transcritos contemplan no se encuentra el cese de administradores que, en consecuencia, no podrá acceder a los libros registrales mientras el cierre subsista. En consecuencia, la Dirección General acuerda desestimar el recurso y confirmar parcialmente la calificación impugnada, con revocación parcial del segundo de los defectos expresados en aquella.

Resolución de 07-2-2020
BOE 9-7-2020
Registro Mercantil de Madrid, número XX

FORMA CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL. CARÁCTER NORMATIVO DE LOS ESTATUTOS. CONSERVACIÓN DE ACTOS SOCIETARIOS CON DEFECTOS FORMALES NO RELEVANTES.

Para resolver la cuestión central que se plantea en el presente recurso debe decidirse si es o no fundada la calificación negativa de la registradora mercantil por la que considera que la forma de convocatoria de la Junta general que ha adoptado los acuerdos formalizados en la escritura calificada (convocatoria que, según se expresa en la certificación de tales acuerdos sociales, se realizó en determinada reunión del consejo de administración que consta en acta notarial que se cita) no se ajusta a lo establecido en el artículo 14 de los Estatutos sociales (anuncio publicado en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia). Añade la registradora que en dicha certificación de acuerdos sociales se alude también a una ampliación del

orden del día solicitada con base en el artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital, que, según se manifiesta, fue aceptada y confirmada mediante correo electrónico enviado por el presidente, sistema de notificación no recogido en Estatutos y sin que se aporte justificación alguna de la publicación del referido complemento de la convocatoria. Respecto del fondo del recurso, y conforme a la doctrina reiterada de la Dirección General, existiendo previsión estatutaria sobre la forma de llevar a cabo la convocatoria de Junta 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, 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 derecho de asistencia a la junta general que a los socios reconoce el artículo 93 de la Ley de Sociedades de Capital ha de ser integrado con el de ser convocados para ello, y no de cualquier forma, sino a través de la específicamente prevista a tal fin, en cuanto será la única a través de la que esperarán serlo y a la que habrán de prestar atención. Con tales requisitos se pretende garantizar al socio una publicidad que le permita conocer, con la suficiente antelación, las cuestiones sobre las que es llamado a pronunciarse y reflexionar detenidamente sobre el sentido del voto por emitir. Estas afirmaciones se apoyan en el hecho de que los Estatutos son la norma orgánica a la que debe sujetarse la vida corporativa de la sociedad durante toda su existencia, siendo su finalidad fundamental la de establecer las reglas necesarias para el funcionamiento corporativo de la sociedad. En este sentido se ha dicho que los Estatutos son la «carta magna» o régimen constitucional y de funcionamiento de la sociedad. En el presente caso es indudable que no se acredita que tanto la convocatoria de la junta general con el correspondiente orden del día como el complemento de dicha convocatoria se haya realizado con observancia de los requisitos estatutarios (anuncio publicado en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia). Tampoco es posible la aplicación de la doctrina relativa a la conservación de actos societarios aquejados de defectos formales no relevantes. La falta de acreditación de la convocatoria de la junta general conforme a Estatutos a uno de los tres socios —que, además manifiesta su oposición a que se celebre la junta con carácter de junta universal— hace imposible la aplicación de esta doctrina por la evidente lesión de los derechos individuales del socio que aquella falta comporta. En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación recurrida.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Menores: la importancia del tiempo y su incidencia en su desarrollo vital *(desde la perspectiva de inexistencia de relaciones familiares básicas)*[*]

Minors: the importance of time and its impact on its vital development (the absence of basic family relationships)

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Titular de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: La *importancia del tiempo tiene especial incidencia en el desarrollo vital de un menor ya que en su maduración son decisivas las relaciones familiares que pueden verse afectadas* tras la ruptura familiar o tras su abandono. Los procedimientos para asegurarles, por ejemplo, una forma de *guarda y custodia* lo más equilibrada posible que garantice su adecuado desarrollo psíquico y social, o un *derecho de comunicación y visitas* que siempre exige la máxima colaboración entre los progenitores a fin de conseguir un marco de normalidad familiar aproximándose al máximo al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial, o la concreción de la guarda preadoptiva... pueden además alargase en exceso máxime si se trata de procedimientos internacionales (sustracción de menores y cambio de residencia dentro del espacio europeo...).

* 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 importance of time has a special impact on the life development of a minor since family relationships that may be affected after the family breakdown or after the abandonment of minors are decisive in their maturation. Procedures to ensure, for example, a form of custody and custody as balanced as possible that guarantees their adequate psychological and social development, or a right of communication and visits that always requires the maximum collaboration between parents in order to achieve a framework of Family normality approaching as close as possible to the existing coexistence model before the marriage breakdown, or the concretion of the pre-adoptive guardianship… can be excessively prolonged, especially when it comes to international procedures (child abduction and change of residence within the European space…).

PALABRAS CLAVE: Menores. Tiempo. Interés superior del menor. Custodia compartida. Derecho de visitas. Hermanos, abuelos, parientes, allegados. Patria potestad. Guarda para la adopción.

KEY WORDS: Minors. Best interest of the minor. Shared custody. Right of visits. Brothers, grandparents, relatives, friends. Custody. Preadoptive foster care.

SUMARIO: I. JUSTIFICACIÓN DEL ASUNTO A TRATAR.—II. LA PERSPECTIVA DEL TIEMPO Y SU IMPORTANCIA EN LA CUSTODIA DEL MENOR. —III. EL TRANSCURSO DEL TIEMPO Y SU IMPORTANCIA EN EL DERECHO DE VISITA DEL PROGENITOR NO CUSTODIO.—IV. EL TRANSCURSO DEL TIEMPO Y SU IMPORTANCIA EN EL DERECHO DE VISITA DE HERMANOS, ABUELOS, O PARIENTES Y ALLEGADOS.—V. EL PASO DEL TIEMPO Y LA PRIVACIÓN O DE LA SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.—VI. LA INCIDENCIA DEL PASO DEL TIEMPO Y LA GUARDA CON FIN DE ADOPCIÓN DE MENOR. VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TJUE, TRIBUNAL SUPREMO Y AP) CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—X. LEGISLACIÓN CITADA.

I. JUSTIFICACIÓN DEL ASUNTO A TRATAR

Comenzaremos poniendo de relieve que este pequeño trabajo se ha llevado a cabo en tiempos de pandemia del COVID-19, estando decretado el *estado de alarma* y confinados todos en casa. Este confinamiento ha hecho surgir muchas cuestiones en muchos temas, y no podía ser menos en el caso de los menores y lo importante que es para un niño el paso de tres meses, en algunos casos, sin contacto con uno de los padres, o con abuelos o familiares… Por ello me voy a centrar en la *importancia del tiempo y su incidencia en el desarrollo vital del menor consecuencia de la inexistencia de relaciones familiares básicas*. Pero antes queremos manifestar la importancia que desde los organismos internacionales oficiales (OMS)[1] se otorga también a esta cuestión indicando la necesidad de crear entornos enriquecedores esenciales para los menores en cualquier situación y ámbito socioeconómico, que en épocas de confinamiento es difícil, si no imposible cumplir… El desconocimiento y la incertidumbre hace creer a los científicos que vendrán más «olas de virus y confinamiento» en meses posteriores…

En el ámbito penal, este tema ha sido puesto de relieve por DE LA ROSA[2], quien señala «de especial interés la perspectiva del tiempo como *factor de modificación de las circunstancias de la personas*… Si estas afirmaciones son por sí mismas evidentes para cualquier ser humano, si hablamos de personas en proceso de maduración, de menores, la nota de cambio/mutación/evolución es consustancial y ontológicamente inherente a los mismos».

Recordemos, además, que todos los especialistas, (psicólogos, pedagogos…) indican que la infancia constituye dentro de todas las etapas evolutivas del ser humano el periodo temporal en el que tienen lugar más procesos de desarrollo y cambios de mayor intensidad con gran transcendencia para su vida futura y la del grupo social al que pertenece. De ahí la conveniencia de la defensa de los derechos de los menores como pilar fundamental de nuestra sociedad.

Cuestiones todas que deben resolverse atendiendo al principio de beneficio e interés del menor, auténtica pauta de conducta inamovible contenida en la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959 (ratificada por España y publicada en el BOE de 31 de diciembre de 1990), en la Constitución Española (art. 39), en el Código civil (arts. 90, 92, 103, 154, etc.) y en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero sobre protección jurídica del menor. La crisis familiar no exime a los padres de sus obligaciones paternofiliales, en cuyo beneficio deben adoptarse las medidas tendentes a su cuidado y educación. Siempre teniendo en cuenta los cambios de las circunstancias, los parámetros legales y la realidad social del momento, se debe asegurar el cuidado, atención y equilibrio que el menor necesita. Sin olvidar como señaló el legislador en el artículo 2 de la Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que la vida y el desarrollo del menor tenga lugar en un entorno «libre de violencia» y que «en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir». Por último recordar cómo tanto la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, como la Ley 26/2015, de 28 de julio, ambas referidas a la modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, establecían como principios básicos de cualquier procedimiento relativo a menores la necesidad de agilidad y eficacia en todos los trámites. Máximas tenidas en cuenta también por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que en su Título II se refiere a temas del derecho de la persona, manifestando la necesidad de simplificar «las normas relativas a su tramitación, tratando de optar por el cauce menos costoso y más rápido, desde el respeto máximo de las garantías y de la seguridad jurídica, y tomando especial cuidado en la ordenación adecuada de sus actos e instituciones».

Por ello el juzgador deberá averiguar y resolver caso por caso cual es el mejor ámbito para conseguir el mayor desarrollo integral del menor. Vamos a ver seguidamente la importancia del tiempo en diversas situaciones en las que como consecuencia de la ruptura familiar o de abandono se encuentran los menores… para asegurarles, por ejemplo, una forma de *guarda y custodia* lo más equilibrada posible que garantice su adecuado desarrollo psíquico y social, o un *derecho de comunicación y visitas* que siempre exige la máxima colaboración entre los progenitores a fin de conseguir un marco de normalidad familiar aproximándose al máximo al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial. (Vid por ejemplo… la STS de 17 de febrero de 2017[3])

II. LA PERSPECTIVA DEL TIEMPO Y SU IMPORTANCIA EN LA CUSTODIA DEL MENOR

La preocupación por el bienestar de los menores no solo nace en los ordenamientos jurídicos estatales, sino que en un mundo globalizado no podemos dejar de examinar la regulación comunitaria. El Reglamento (CE) Núm. 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) Núm. 1347/2000, pone de manifiesto que la intervención de los poderes públicos en estos problemas relativos a menores constituye una cuestión de interés general. El TJUE con apoyo en esta normativa evacua resoluciones con *eficacia extraterritorial en materia de responsabilidad parental,* que posibilita un reconocimiento y una declaración de ejecutividad de decisiones judiciales mediante un procedimiento *sencillo y rápido*[4].

Recordemos como en relación con el tema que estamos estudiando, la *prejudicialidad se entiende en un sentido temporal*. Esto significa que el Tribunal de cada Estado miembro antes de decidir si tras analizar el supuesto de hecho y extraer las consecuencias derivadas del articulado del Reglamento tiene dudas en su aplicación puede emitir la cuestión prejudicial interpelando al TJUE. Así es como se inicia el diálogo judicial entre el TJUE y los tribunales de los Estados miembros[5]. El TJUE se convierte en el máximo intérprete y a su vez en el garante del Derecho europeo.

Situación que además provoca que en caso de plantearse alguna cuestión prejudicial ante el TJUE la *resolución se alarga en el tiempo y el menor puede ir creciendo sin tener contacto por ejemplo con el progenitor* del que está alejado porque el otro ha procedido, por ejemplo, a realizar un traslado o retención ilícita internacional del menor[6], o cuando se está a la espera de que se resuelva alguna cuestión sobre la residencia habitual del menor (aunque el legislador ya indica que el procedimiento para obtener la inmediata restitución del menor, en el marco del Reglamento 2201/2003 debe ser lo más *rápido y ágil* posible, de modo que la solicitud debe realizarse ante las autoridades del Estado miembro al que ha sido trasladado o retenido ilícitamente el menor)[7] o interpretar una norma de litispendencia entre tribunales… en cuestión de guarda y custodia o derecho de visita tras un divorcio…[8].

Pero volviendo al estudio de nuestra jurisprudencia, el *transcurso del tiempo* es el parámetro para la decisión de distintas cuestiones en relación con los menores. Por un lado, es el criterio para cambiar de la guarda única centralizada en la madre a la custodia compartida basándose en el tiempo transcurrido desde que adoptó la primera medida, y a su vez que dicho periodo temporal ha incrementado la edad del menor haciendo más fácil y aconsejable el cambio hacia una responsabilidad parental conjunta. El mantenimiento en el tiempo de una custodia única puede en determinados supuestos hacer inviable cualquier modificación siendo perjudicial para el menor.

La SAP de Guadalajara de 11 de diciembre de 2019[9] concreta en relación con un caso de modificación de medidas que «el *mero transcurso del tiempo es suficiente* para la modificación del régimen de custodia». El supuesto de hecho versa sobre un supuesto de divorcio en el que se otorga la custodia de la menor en exclusiva a la madre pero la sentencia indica que «El transcurso de dos años y medio desde que se dictó la sentencia en que se acordó la custodia exclusiva de la madre puede considerarse un cambio de la suficiente entidad para justificar una modificación del régimen de custodia, y *más cuando del desarrollo vital de un menor se trata*».

Continúa indicando que «*el transcurso del tiempo, dos años y medio desde que se dicta la sentencia* en que se acuerda la custodia exclusiva para la madre, *sí se puede entender un cambio de la suficiente entidad para considerar una modificación del régimen de custodia, y más cuando del desarrollo vital de un menor se trata*»[10]. «…Pues bien, partiendo de dichas circunstancias la consecuencia lógica no es mantener la custodia para la madre sino avanzar un poco más y acceder ya a la custodia compartida, simplemente para que ambos progenitores asuman sus obligaciones para con su hija y esta pueda relacionarse con ambos en condiciones de igualdad. *El transcurso de dos años y medio es una circunstancia de suficiente entidad* para dar ese paso más que se solicita por el padre…».

Sin olvidar que el Tribunal Supremo en Sentencias de 12 de abril de 2016[11] y 13 de abril de 2016[12], ha declarado la necesidad de un *cambio «cierto» de las circunstancias,* para posibilitar una modificación de las medidas acordadas en un previo procedimiento judicial. Más concreta es la STS de 5 de abril de 2019[13], que en un supuesto de modificación de medidas tras la ruptura de una pareja de hecho, atribuye al padre la guarda y custodia por la enfermedad psíquica de la madre y de la abuela materna. Lo relevante de la sentencia se centra en que se señala por el tribunal que *no es preciso que el cambio de circunstancias sea sustancial, sino que sea cierto y beneficie el interés del menor*.

En esa línea jurisprudencial, la perspectiva del tiempo puede ser beneficioso para el paso de una custodia exclusiva de la madre a favor de la custodia compartida del menor. Es lo que acontece en el supuesto de la SAP de Jaén de 22 de enero de 2019[14] que afirma que el hecho de que el menor se encuentre adaptado al entorno materno no justifica el mantenimiento de la custodia exclusiva de la madre, *pues el transcurso del tiempo haría prácticamente inviable cualquier cambio posterior.*

Se prueba la concurrencia de un cambio en las circunstancias que aconsejan en beneficio del menor, la fijación de una custodia compartida, pues además de su mayor edad, el padre ha contraído un nuevo matrimonio y cuenta con la ayuda de su actual esposa. Acreditación de que ambos progenitores tienen aptitud para el cuidado del menor que manifiesta estar a gusto con ambos.

La SAP de Asturias de 22 de abril de 2019[15], indica que *el transcurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental, no puede servir de argumento para negar su transformación en custodia compartida.* En la misma línea, la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 9 de mayo de 2019[16], señala que *el transcurso del tiempo si constituye una alteración sustancial* pues que haya funcionado correctamente el sistema instaurado en el convenio *no impide su modificación*. Ocurre lo mismo en la SAP de Valladolid de 11 de diciembre de 2019[17], que modifica el régimen de guarda y custodia de la hija, que se fija compartida en sustitución al que tenía reconocido en exclusiva la madre. Se tiene en cuenta el tiempo transcurrido desde la fecha de la ruptura de la convivencia, la edad actual de la menor próxima a 10 años, el mayor deseo de implicación de su padre en el crecimiento y desarrollo de la menor, y gozar ahora el padre de un ambiente familiar más estable al haber contraído matrimonio. La menor se muestra vinculada adecuadamente a ambos progenitores, deseando una mayor continuidad en los contactos con su padre.

La STS, Sala Primera, de lo Civil, de 26 de febrero de 2019[18], establece el ejercicio por ambos progenitores de un sistema de custodia compartida semanal por ser lo más beneficioso para el hijo menor. Su superior interés es el que debe prevalecer y no el cambio de circunstancias, indicando que *el transcurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental* no pueden servir de argumento para negar su transformación en custodia compartida.

III. EL TRANSCURSO DEL TIEMPO Y SU IMPORTANCIA EN EL DERECHO DE VISITA DEL PROGENITOR NO CUSTODIO

Pero no solo va a ser decisivo el transcurso del tiempo en la modificación de medidas para dar el paso hacia la custodia compartida, sino que incluso es válido para reconocer el derecho de visitas al padre que antes no gozaba de ellas. Es el supuesto que se recoge en la SAP de Albacete de 5 de julio de 2019[19] en un asunto de modificación de medidas tras el divorcio, que reconoce a favor del padre de un régimen de visitas tutelado respecto de su hija pequeña en el punto de encuentro familiar. Hay que señalar que está atribuida en exclusiva el ejercicio de la patria potestad sobre las menores a la madre.

Se concede a favor del padre un régimen de visitas tutelado respecto de su hija pequeña en el punto de encuentro familiar tras la suspensión de las visitas por condena penal del padre. Se indica que las razones ofrecidas por la menor para negarse a relacionarse con su padre no se estiman objetivamente suficientes para impedir dicho contacto. Y la afirmación de la sentencia que más nos interesa se centra en que «atendido *el tiempo transcurrido sin contacto entre padre e hija* y siguiendo la indicación de los psicólogos, el mismo deberá desarrollarse de modo progresivo y supervisado».

Resulta interesante analizar el supuesto del derecho de visitas del progenitor no custodio cuando el *menor es un lactante*. La SAP de Les Illes Balears 9 de 22 de julio de 2019[20], en un supuesto de separación de una pareja de hecho, al tratar el tema del régimen de visitas y teniendo en cuenta la edad de la menor afirma la importancia de la *influencia de la lactancia materna en el establecimiento del régimen de visitas a favor del padre*. En los casos de lactancia materna no es posible fijar un régimen de visitas calificado como ordinario, con pernoctas los fines de semana. Sin embargo, *el crecimiento del menor determina que la lactancia materna no constituya su alimentación exclusiva, sino que a partir de los seis meses se introduce alimentación complementaria*. Ello determina que pasa más tiempo entre toma y toma y que puede extenderse la relación con el padre durante un tiempo algo más largo. En el caso, se estima que las vistas podrán extenderse hasta cuatro horas dos tardes por semana.

La SAP de Valencia de 23 de septiembre de 2019[21] afirma que *el transcurso del tiempo y la edad de las menores justifica una ampliación del reducido régimen de visitas* fijado en la sentencia que aprobó el convenio regulador. La madre manifiesta que el padre mostró interés por ampliar el referido régimen y que dispone en la actualidad de una vivienda que reúne las condiciones necesarias para llevarlo a cabo, lo que supone alteración de las circunstancias que redunda en beneficio de los menores. El régimen de visitas no se fija con el detalle interesado y se establece sin perjuicio de los acuerdos a que puedan llegar los progenitores.

IV. EL TRANSCURSO DEL TIEMPO Y SU IMPORTANCIA EN EL DERECHO DE VISITA DE HERMANOS, ABUELOS, O PARIENTES Y ALLEGADOS

El *derecho de relaciones entre hermanos* introducido por el apartado once del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia ha sido objeto de concreción últimamente por la SAP de Guipúzcoa de 22 de enero de 2019[22] que declara el mantenimiento de las visitas de la hermana mayor, respecto de sus hermanos pequeños ya que dicha joven mantiene una buena relación con sus hermanos,

por lo que sin duda alguna ha de propiciarse y favorecerse la relación de la misma con ellos. Cuando los hermanos vayan a disfrutar del régimen vacacional establecido a favor del padre, podrá la demandante permanecer en compañía de sus hermanos en esos mismos periodos ya establecidos judicialmente. Para concretar el necesario mantenimiento de comunicación entre ellos, se fija una hora de comunicación telefónica durante dos días a la semana.

La STS de 20 de septiembre de 2016[23] declara el *derecho de la abuela a relacionarse con sus nietos,* pues la ruptura familiar se produjo tras la denuncia interpuesta por la abuela contra su yerno, padre de los niños, por abusos sexuales respecto de sus hijas. Los informes periciales consideran beneficioso para los menores el restablecimiento de los lazos afectivos con su abuela y concluyen en la inexistencia de dudas sobre el ajuste emocional de la abuela. En sentido contrario la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 5 de noviembre de 2019[24], desestima el *derecho de visitas de la abuela* con su nieto por ser lo más beneficioso para el menor. La abuela padece un trastorno depresivo y de personalidad irreversible y permanente y rompió hace años toda relación con los progenitores del menor. En este caso el nieto ni la conoce de manera que la relación con su nieto podría colocarle en una situación de riesgo. No consta que pueda o no perjudicarle la situación psíquica de la abuela, pero tratándose de un menor toda cautela es poca.

En cuanto al *derecho de comunicación con los parientes* puede considerarse en algunos casos que es un sistema de relación excesivo por extenso e innecesario. No obstante la SAP de Girona de 11 de febrero de 2019[25], en un supuesto de disminución del régimen de visitas, comunicación y estancia de la tía materna con sus sobrinos, cuya madre falleció se establece un sistema de contacto semanal telefónico y un régimen de estancia mensual con los sobrinos. Contrariamente, la SAP de Barcelona de 4 de noviembre de 2019[26] deniega el derecho de los menores a mantener relaciones con su familia extensa y a consolidar sus vínculos con sus ascendientes y allegados de forma autónoma y en concreto con su tía paterna que ejercita la acción ya que se demuestra que interfiere en la vida de los menores.

La STS de 1 de marzo de 2019[27] *otorga el derecho de relación de la hija menor con el allegado* con quien convivió durante los primeros 3 años de la vida de la menor al tener en cuenta el superior interés de la misma ya que ocupó el rol de padre en los tres primeros años de su vida, su supresión sería un error. *Persona que ocupa el lugar de allegado de la pareja.*

V. EL PASO DEL TIEMPO Y LA PRIVACIÓN O DE LA SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

El transcurso del tiempo sin manifestar interés alguno por parte del progenitor hacia el menor juega a favor de esta pues puede perjudicarle, denegándose desde el simple derecho de visitas (como ocurre en la SAP de Badajoz de 4 de julio de 2019[28]) o declarando la suspensión de la patria potestad (SAP de Barcelona de 3 de julio de 2019[29]) o incluso su privación (STS de 23 de mayo de 2019)[30]

Así la SAP de Badajoz de 4 de julio de 2019 tras la declaración de la privación de la patria potestad del progenitor respecto a su hija se desaconseja el régimen de visitas por la psicóloga como consecuencia del desconocimiento de la figura paterna, la edad de la menor, 9 años, el *tiempo transcurrido* y el abandono emocional y afectivo de la misma. Se afirma que durante todos estos años ha habido una dejadez y falta de interés por parte del padre para acceder y tener contacto con su hija, ya que nunca cumplió las visitas, ni le ha abonado la pensión de alimentos.

Aunque deja abierta una puerta a favor del interés del menor, señalando que «salvo que cambien las circunstancias, exista una real voluntad de restablecer la relación con la hija y que esta asuma la existencia de la figura paterna».

En la misma línea, la SAP de Barcelona de 3 de julio de 2019 declara la suspensión de la patria potestad del padre y otorga a la madre su ejercicio exclusivo, indicando específicamente que no se acuerda la privación total, entre otras cosas porque *atendiendo a la edad del menor podría pensarse en una hipotética recuperación de las relaciones entre el menor y su padre.*

La STS de 23 de mayo de 2019 priva al padre de la patria potestad que ostenta sobre su hijo menor por su desatención personal y económica, e incluso lo califica como incumplimiento grave y reiterado, *prolongado en el tiempo*, su dejación de las funciones por parte de dicho progenitor sin causa justificada y desde que el menor contaba muy poca edad.

VI. LA INCIDENCIA DEL PASO DEL TIEMPO Y LA GUARDA CON FIN DE ADOPCIÓN DE MENOR

La SAP de Jaén de 29 de noviembre de 2019[31] en un supuesto de oposición a la resolución administrativa de protección de menores que establece la *guarda con fin de adopción de menor y la suspensión de visitas del padre biológico del menor*, considera que el propósito del padre biológico de asumir su rol parental a la salida del centro penitenciario y de atender adecuadamente a la menor en sus nuevas circunstancias familiares no es por sí suficiente para garantizar que la reintegración al entorno de la familia biológica es adecuado al interés de la menor, siendo este interés preferente al del padre de tener consigo a su hijo.

Se ha acreditado una evolución favorable en la situación del padre pero no es suficiente para retrotraer las medidas que se han ido adoptando y han sido beneficiosas para el niño. En este caso y teniendo en cuenta el interés del menor, *el tiempo transcurrido por el menor en la familia de acogida,* además de su satisfactoria integración en ella, y el riesgo de desajuste psicológico con problemas de comportamiento y posible depresión en el caso de ser reintegrado a su familia biológica, todo lo cual favorece continuar con el proceso encaminado hacia la adopción.

Puede ocurrir también que el transcurso del tiempo sin mantener relaciones con la familia de origen dé lugar al procedimiento preadoptivo. Es lo que acontece en la STS de 21 de diciembre de 2016[32], que confirma el acogimiento familiar en la modalidad de preadoptivo en atención al interés superior del menor ya que tanto del informe emitido por la psicóloga forense, como de la exploración del menor, se infiere que *por el tiempo transcurrido, por la integración en la familia de acogida y su entorno, así como por los vínculos afectivos con la misma*, no se considera beneficioso para el niño retornar a la familia natural, pues ese retorno no garantiza sus derechos, no por causa de la madre sino por el entorno familiar de ella.

En la misma línea jurisprudencial el Auto del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 24 de abril de 2019[33], concluye que ningún reproche puede realizarse a la actuación de la Administración en su función tuitiva, cuando *ante el reiterado incumplimiento por los padres del plan de trabajo programado, y con la finalidad de buscar la integración de la menor con su familia biológica, transcurrido un más que significativo y prudente periodo de tiempo,* para evaluar las habilidades y aptitudes, sin progresos ni previsiones favorables futuras de implicación afectivas y emocionales con la menor, con riesgo real de daño para el desarrollo futuro de su personalidad, deciden iniciar un proceso de acogimiento adoptivo.

VII. CONCLUSIONES

I. La *importancia del tiempo tiene especial incidencia en el desarrollo vital de un menor ya que en su maduración son decisivas las relaciones familiares que pueden verse afectadas.*

El transcurso del tiempo puede jugar a favor de los progenitores para ampliar su contacto con los menores. También puede propiciar acuerdos entre los progenitores que suavizan las malas relaciones, o que han cambiado sus circunstancias personales y pueden dar más apoyo y ser más favorecedores para sus hijos.

En este caso el parámetro del tiempo se concreta en diferentes criterios como el tiempo transcurrido desde la fecha de la ruptura de la convivencia, la edad actual del menor, el mayor deseo de implicación de su padre en el crecimiento y desarrollo del menor, y que el progenitor solicitante de la ampliación goce de circunstancias diferentes (de un ambiente familiar más estable por nuevo matrimonio, o porque la nueva vivienda del progenitor reúne mejores condiciones, o porque ha salido de la cárcel…).

También juega a favor del hijo que al ser más maduro psicológicamente puede aceptar e incluso instar el cambio de circunstancias y las relaciones con el progenitor que en muchas ocasiones puede ser un desconocido y tiene que realizarse bajo supervisión (abandono emocional y afectivo del mismo). O también más maduro físicamente, como en el caso de menores lactantes que tanto la alimentación como el cuidado del mismo varían.

II. En nuestra jurisprudencia, el transcurso del tiempo es el parámetro para la decisión de distintas cuestiones en relación con los menores. Por un lado, es el criterio para modificar la *guarda única centralizada en la madre a la custodia compartida* basándose en el tiempo transcurrido desde que adoptó la primera medida, y a su vez es el criterio que establece que dicho periodo temporal ha incrementado la edad del menor haciendo más fácil y aconsejable el cambio hacia una *responsabilidad parental conjunta*. El mantenimiento en el tiempo de una custodia única puede en determinados supuestos hacer inviable cualquier modificación.

III. El transcurso del tiempo en la modificación de medidas es también decisivo para reconocer el *derecho de visitas al progenitor* que antes no gozaba de ellas. Puede ocurrir que la inexistencia de contacto prolongado en el tiempo entre progenitor y menor deba desarrollarse de modo progresivo y supervisado.

IV. Incluso el *derecho de visita* puede verse ampliado al actual derecho de comunicación con *hermanos, abuelos, o parientes y allegados*…

V. La incidencia del paso del tiempo sin contactos con el menor es también argumento clave para declarar la *privación o de la suspensión de la patria potestad*. *Suspensión* que también puede declararse teniendo en cuenta el *transcurso del tiempo* y una *hipotética recuperación de las relaciones entre el menor y su padre.*

VI. El transcurso del tiempo también resulta importante en relación con la *guarda con fin de adopción de menor.* En el caso de resolución administrativa favorable a *la guarda con fin de adopción de menor y la suspensión de visitas del padre biológico del menor*, el transcurso del tiempo implica una desventaja en el propósito del padre biológico de asumir su rol parental. Deben valorarse las nuevas circunstancias y si las mismas suponen que se va a atender adecuadamente al menor para su reintegración en el entorno de la familia biológica conforme al interés del menor. Y ello porque se compensa con el tiempo transcurrido con la familia preadoptiva que puede beneficiarle más.

El transcurso del tiempo sin mantener relaciones con la familia de origen es clave para la determinación del procedimiento preadoptivo.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

DE LA ROSA CORTINA, J.M.: El tiempo y el proceso penal de menores: el principio de celeridad, en *Diario La Ley*, núm. 7567, Sección Doctrina, 11 de febrero de 2011, Año XXXII, Editorial La Ley. (La Ley 98/2011).

GARCÍA ROCA, J.: El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo, *Teoría y Realidad Constitucional,* núm. 30, 2012, 183-224.

Desarrollo de la Primera Infancia: Un Potente Ecualizador. Informe Final para la Comisión sobre los Determinantes Sociales de la Salud de la Organización Mundial de la Salud. Preparado por Arjumand Siddiqi, Sc.D., MPH, Clyde Hertzman, MD, M.Sc., FRCPC. Junio de 2007. www.who.int/social_determinants/publications/early_child_dev_ecdkn_es.pdf

IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TJUE, TRIBUNAL SUPREMO Y AP) CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STJUE, Sala Primera, de 16 de enero de 2019, C-386/2017. Ponente: Carl GUSTAV FERNLUND.
- STJUE, Sala Primera, de 17 de octubre de 2018, C-393/2018 Ponente: Eugene REGAN.
- STJUE, Sala Quinta, de 4 de octubre de 2018, C-478/2017. Ponente: Anthony Borg BARTHET.
- STJUE, Sala Primera, de 19 de septiembre de 2018, C-325/2018. Ponente: Alexander ARABADJIEV.
- STJUE, Sala Quinta, de 28 de junio de 2018, C-512/2017. Ponente: Jose Luis DA CRUZ VILAÇA.
- STJUE, Sala Primera, de 31 de mayo de 2018, C-335/2017. Ponente: Carl GUSTAV FERNLUND.
- STJUE, Sala Sexta, de 19 de abril de 2018, C-565/2016. Ponente: Carl GUSTAV FERNLUND. EC
- STJUE, Sala Quinta, de 8 de junio de 2017, C-111/2017. Ponente: Jose Luis DA CRUZ VILAÇA.
- STJUE, Sala Primera, de 15 de febrero de 2017, C-499/2015 Ponente: Carl GUSTAV FERNLUND.
- STJUE, Sala Tercera, de 27 de octubre de 2016, C-428/2015. Ponente: Jiri MALENOVSKÝ.
- STJUE, Sala Cuarta, de 19 de noviembre de 2015, C-455/2015. Ponente: Alexandra PRECHAL,
- STJUE, Sala Cuarta, de 21 de octubre de 2015, C-215/2015. Ponente: Küllike JÜRIMÄE.
- STJUE, Sala Primera, de 9 de septiembre de 2015, C-4/2014. Ponente: María BERGER.
- STJUE, Sala Tercera, de 12 de noviembre de 2014, C-656/2013. Ponente: Egidijus JARAŠIUNAS.
- STJUE, Sala Tercera, de 9 de octubre de 2014, C-376/2014. Ponente: Egidijus JARAŠIUNAS.
- STJUE, Sala Segunda, de 1 de octubre de 2014, C-436/2013. Ponente: Alexander ARABADJIEV.

- STJUE, Sala Primera, de 22 de diciembre de 2010, C-497/PPU/2010 Ponente: Egils LEVITS.
- STJUE, Sala Segunda, de 9 de noviembre de 2010, C-296/2010. Ponente: Allan ROSAS.
- STJUE, Sala Segunda, de 15 de julio de 2010, C-256/2009. Ponente: Allan ROSAS.
- STJUE, Sala Tercera, de 23 de diciembre de 2009, C-403/2009. Ponente: Jiri MALENOVSKÝ.
- ATJUE (Sala Primera) de 10 de abril de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por la Judecătoria Oradea — Rumanía) — CV / DU. (Asunto C-85/18 PPU)
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Judecătoria Oradea (Rumanía) el 8 de febrero de 2018 — CV / DU. (Asunto C-85/18)
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Judecătoria Oradea (Rumanía) el 8 de febrero de 2018 — CV / DU. (Asunto C-85/18)
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Corte de Justicia de Familia de Inglaterra y Gales del 14 de junio de 2018. UD / XB (Asunto C-393/18).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 581/2019 de 5 de noviembre de 2019, Rec. 5477/2018. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. La Ley 159861/2019. ECLI: ES:TS:2019:3612.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 291/2019 de 23 de mayo de 2019, Rec. 3383/2018. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 64343/2019). ECLI: ES:TS:2019:1661
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 211/2019 de 5 de abril de 2019, Rec. 2732/2018. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ, La Ley 50195/2019. ECLI: ES:TS:2019:1411
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 124/2019 de 26 de febrero de 2019, Rec. 3386/2018. Ponente: BAENA RUIZ, Eduardo. La Ley 12061/2019. ECLI: ES:TS:2019:647
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 110/2017 de 17 de febrero de 2017, Rec. 2930/2015. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. La Ley 4327/2017.ECLI: ES:TS:2017:474.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 740/2016 de 21 de diciembre de 2016, Rec. 3389/2015. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. La Ley 190620/2016. ECLI: ES:TS:2016:5668
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 242/2016 de 12 de abril de 2016, Rec. 1225/2015. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. La Ley 29688/2016. ECLI: ES:TS:2016:1636
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 251/2016 de 13 de abril de 2016, Rec. 1473/2015. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. La Ley 29690/2016. ECLI: ES:TS:2016:1638
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 551/2016 de 20 de septiembre de 2016, Rec. 2889/2015. Ponente: Antonio SALAS CARCELLER. (La Ley 124486/2016). ECLI: ES:TS:2016:4091
- Auto del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 24 de abril de 2019, Rec. 4391/2018. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. La Ley 46537/2019. ECLI: ES:TS:2019:4501A
- SAP de Guadalajara, Sentencia 246/2019 de 11 de diciembre de 2019, Rec. 315/2019. Ponente: Carmen MARTÍNEZ SÁNCHEZ. Núm. de Sentencia: 246/2019.

- SAP de Valladolid, Sección 1.ª, Sentencia 416/2019 de 11 de diciembre de 2019, Rec. 78/2019. Ponente: José Ramón ALONSO-MAÑERO PARDAL. La Ley 241033/2019. ECLI: ES:APVA:2019:1643
- SAP de Jaén, Sección 1.ª, Sentencia 1162/2019 de 29 de noviembre de 2019, Rec. 1115/2019. Ponente: Ana MANELLA GONZÁLEZ. La Ley 225261/2019. ECLI: ES:APJ:2019:1649.
- SAP de Barcelona, Sección 12.ª, Sentencia 656/2019 de 4 de noviembre de 2019, Rec. 756/2018. Ponente: José Pascual ORTUÑO MUÑOZ. (La Ley 161865/2019). ECLI: ES:APB:2019:13053
- SAP de Valencia, Sección 10.ª, Sentencia 583/2019 de 23 de septiembre de 2019, Rec. 530/2019. Ponente: Daniel VALCARCE POLANCO. La Ley 147592/2019. ECLI: ES:APV:2019:3683
- SAP de Les Illes Balears, Sección 4.ª, Sentencia 272/2019 de 22 de julio de 2019, Rec. 273/2019. Ponente: Gabriel Agustín OLIVER KOPPEN. La Ley 129087/2019. ECLI: ES:APIB:2019:1770
- SAP de Albacete, Sección 1.ª, Sentencia 304/2019 de 5 de julio de 2019, Rec. 151/2019 Ponente: Cesáreo Miguel MONSALVE ARGANDOÑA. LA LEY 109553/2019. ECLI: ES:APAB:2019:493.
- SAP de Badajoz, Sección 3.ª, Sentencia 122/2019 de 4 de julio de 2019, Rec. 182/2019. Ponente: Joaquín GONZÁLEZ CASSO. La Ley 109465/2019. ECLI: ES:APBA:2019:874.
- SAP de Barcelona, Sección 12.ª, Sentencia 462/2019 de 3 de julio de 2019, Rec. 521/2019. Ponente: Vicente Ataúlfo BALLESTA BERNAL. La Ley 98314/2019. ECLI: ES:APB:2019:8325.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, Sentencia 219/2019 de 9 de mayo de 2019, Rec. 5/2019. Ponente: María Paloma FERNÁNDEZ REGUERA. La Ley 123339/2019. ECLI: ES:APTF:2019:1337
- SAP de Asturias, Sección 5.ª, Sentencia 153/2019 de 22 de abril de 2019, Rec. 145/2019. Ponente: José María ÁLVAREZ SEIJO. La Ley 82510/2019. ECLI: ES:APO:2019:1704.
- SAP de Girona, Sección 1.ª, Sentencia 86/2019 de 11 de febrero de 2019, Rec. 1314/2018. Ponente: Fernando LACABA SÁNCHEZ. (La Ley 6074/2019). ECLI: ES:APGI:2019:132
- SAP de Jaén, Sección 1.ª, Sentencia 57/2019 de 22 de enero de 2019, Rec. 1427/2018. Ponente: José Pablo MARTÍNEZ GÁMEZ. La Ley 8316/2019. ECLI: ES:APJ:2019:116.
- SAP de Guipúzcoa, Sección 2.ª, Sentencia 31/2019 de 22 de enero de 2019, Rec. 21063/2018. Ponente: Yolanda DOMEÑO NIETO. (La Ley 22660/2019). ECLI: ES:APSS:2019:93.

X. LEGISLACION CITADA

- Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959 (ratificado por España y publicado en el BOE de 31 de diciembre de 1990).
- Reglamento (CE) Núm. 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) Núm. 1347/2000.
- Constitución Española (art. 39).

- Código civil (arts. 90, 92, 103, 154, etc.).
- Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero sobre protección jurídica del menor.
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

NOTAS

[1] En su informe final para la Comisión sobre los Determinantes Sociales de la Salud de la Organización Mundial de la Salud se señala que «Pese a los desafíos que muchas familias afrontan a diario debido a una situación socioeconómica de desventaja, eso no les impide crear los entornos enriquecedores esenciales para sus hijos. La resiliencia se refiere a la capacidad de un niño o niña para prosperar a pesar de crecer en circunstancias adversas. El análisis de BARTLEY de los estudios realizados en torno a este tema apunta a «la importancia de las relaciones sociales, los nexos con la comunidad y las aptitudes para forjar relaciones sociales interactivas como fuentes claves de protección» (2006, 5). La familia aporta las relaciones sociales más importantes para reforzar la resiliencia infantil (GROTBERG, 1995). En todas partes del mundo hay niños que confrontan situaciones como presenciar y experimentar violencia en la familia y la comunidad ampliada, intimidación, inestabilidad, divorcio, padecer los efectos del alcohol y el abuso de substancias en el seno familiar, mientras que otros enfrentan sucesos catastróficos o atrocidades cotidianas como guerra, pobreza, enfermedad, hambruna, inundaciones, VIH/SIDA y trabajo forzado. La capacidad de un niño o niña para superar situaciones como esas depende de múltiples factores a nivel individual, familiar, comunitario y la sociedad en general (BARTLEY, 2006; GROTBERG, 1995). Estudios en torno a las experiencias de niños expuestos a guerras e hijos de madres maltratadas demuestran que la familia puede servir de parachoques contra circunstancias extremas (BERMAN, 1996). Las investigaciones conducidas por BERMAN y otros recalcan la importancia de fortalecer la capacidad de las familias para apoyar a los niños pequeños en momentos de tensión y atrocidad (PINHEIRO, 2006); estas requieren redes de protección adecuadas —tales como políticas de asistencia social, acceso a servicios apropiados y suficientes ingresos—a fin de aumentar su capacidad para fortalecer la resiliencia infantil pese a los desafíos habituales que enfrentan. La resiliencia puede fortalecerse por medio de las relaciones que las familias, los cuidadores y los niños forman con otros miembros de la localidad o con las comunidades relacionales…».

Desarrollo de la Primera Infancia: Un Potente Ecualizador. Informe Final para la Comisión sobre los Determinantes Sociales de la Salud de la Organización Mundial de la Salud. Preparado por Arjumand Siddiqi, Sc.D., MPH, Clyde Hertzman, MD, M.Sc., FRCPC. Junio de 2007.www.who.int/social_determinants/publications/early_child_dev_ecdkn_es.pdf

[2] DE LA ROSA CORTINA, José Miguel: El tiempo y el proceso penal de menores: el principio de celeridad, en *Diario La Ley*, Núm. 7567, Sección Doctrina, 11 de febrero de 2011, Año XXXII, Editorial La Ley. (La Ley 98/2011).

[3] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 110/2017 de 17 de febrero de 2017, Rec. 2930/2015. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. La Ley 4327/2017.ECLI: ES:TS:2017:474.

[4] Basado en las siguientes características generales:

— Se aplica a las resoluciones judiciales procedentes de los países comunitarios, con la excepción de Dinamarca.

— Sigue la teoría de la *extensión de los efectos*: la resolución extranjera surte, en el Estado requerido, los mismos efectos que en su Estado de origen.

— Las vías previstas para la efectividad de la resolución judicial extranjera son: reconocimiento incidental (judicial o registral), reconocimiento por homologación y exequátur o declaración de ejecutividad o, simplemente «ejecución».

[5] GARCÍA ROCA, Javier: El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo, *Teoría y Realidad Constitucional,* núm. 30, 2012, 183-224.

[6] STJUE, Sala Tercera, de 9 de octubre de 2014, C-376/2014. Ponente: EGIDIJUS JARAŠIUNAS.

• STJUE, Sala Quinta, de 8 de junio de 2017, C-111/2017. Ponente: Jose Luis DA CRUZ VILAÇA. (Se analiza el concepto de «residencia habitual» de un lactante. Menor nacido por voluntad de sus padres en un Estado miembro distinto de aquel en el que estos tenían su residencia habitual).

• ATJUE (Sala Primera) de 10 de abril de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por la Judecătoria Oradea – Rumanía) – CV / DU. (Asunto C-85/18 PPU)

• STJUE, Sala Primera, de 19 de septiembre de 2018, C-325/2018. Ponente: ALEXANDER ARABADJIEV.

• STJUE, Sala Cuarta, de 21 de octubre de 2015, C-215/2015. Ponente: KÜLLIKE JÜRIMÄE.

[7] Por ejemplo, el artículo 10 del Reglamento concreta la nueva residencia del menor ya sea que cuando se produce el *cambio legal de residencia* del menor porque el progenitor custodio consienta su traslado, o bien, porque no exista tal consentimiento, pero el menor se halla integrado social y familiarmente en el nuevo Estado en el que lleva residiendo al menos un año y no existe ninguna resolución en la que se exija la restitución de ese menor a su anterior Estado de residencia.

En relación con el tema de la residencia habitual pueden analizarse las siguientes sentencias:

• STJUE, Sala Primera, de 22 de diciembre de 2010, C-497/PPU/2010 Ponente: EGILS LEVITS.

• STJUE, Sala Primera, de 15 de febrero de 2017, C-499/2015 Ponente: Carl GUSTAV FERNLUND.

• STJUE, Sala Quinta, de 28 de junio de 2018, C-512/2017. Ponente: Jose Luis DA CRUZ VILAÇA.

• STJUE, Sala Primera, de 17 de octubre de 2018, C-393/2018 Ponente: EUGENE REGAN.

• STJUE, Sala Tercera, de 27 de octubre de 2016, C-428/2015. Ponente: Jiri MALENOVSKÝ.

• STJUE, Sala Quinta, de 4 de octubre de 2018, C-478/2017. Ponente: Anthony BORG BARTHET.

• Petición de decisión prejudicial planteada por la Judecătoria Oradea (Rumanía) el 8 de febrero de 2018 — CV / DU. (Asunto C-85/18)

• Petición de decisión prejudicial planteada por la Judecătoria Oradea (Rumanía) el 8 de febrero de 2018 — CV / DU. (Asunto C-85/18)

• Petición de decisión prejudicial planteada por la Corte de Justicia de Familia de Inglaterra y Gales del 14 de junio de 2018. UD / XB (Asunto C-393/18).

[8] STJUE, Sala Segunda, de 1 de octubre de 2014, C-436/2013. Ponente: Alexander ARABADJIEV.

• STJUE, Sala Tercera, de 12 de noviembre de 2014, C-656/2013. Ponente: EGIDIJUS JARAŠIUNAS.

• STJUE, Sala Segunda, de 9 de noviembre de 2010, C-296/2010. Ponente: Allan ROSAS

• STJUE, Sala Primera, de 16 de enero de 2019, C-386/2017. Ponente: Carl GUSTAV FERNLUND.

• STJUE, Sala Tercera, de 23 de diciembre de 2009, C-403/2009. Ponente: Jiri MALENOVSKÝ.

• STJUE, Sala Segunda, de 15 de julio de 2010, C-256/2009. Ponente: Allan ROSAS.

• STJUE, Sala Sexta, de 19 de abril de. 2018, C-565/2016. Ponente: Carl GUSTAV FERNLUND. EC

• STJUE, Sala Cuarta, de 19 de noviembre de 2015, C-455/2015. Ponente: ALEXANDRA PRECHAL,

• STJUE, Sala Primera, de 9 de septiembre de 2015, C-4/2014. Ponente: María BERGER.

• STJUE, Sala Primera, de 31 de mayo de 2018, C-335/2017Ponente: Carl GUSTAV FERNLUND.

[9] SAP de Guadalajara, Sentencia 246/2019 de 11 de diciembre de 2019, Rec. 315/2019. Ponente: Carmen MARTÍNEZ SÁNCHEZ. Núm. de Sentencia: 246/2019.

[10] Dice la SAP que «Efectivamente, y como se recoge en la propia sentencia el régimen de custodia compartida, si se dan las condiciones, es el normal, por cuanto permite el contacto del menor con ambos progenitores en igualdad de condiciones, y que lo que priva es su interés, pero deniega la petición al entender que solo el transcurso de dos años y medio no es circunstancia suficiente para modificar esa sentencia de 2016 y esta Sala no puede compartir esa decisión desde el momento en que también recoge que la niña manifiesta querer pasar más tiempo con su padre; que ya se ha producido la convivencia en el domicilio de este en una especie de custodia compartida temporal y consentida por la madre, entendemos que para facilitar el acercamiento lo que es de alabar, por el interés de su hija; que la relación con la familia paterna, y así abuelos y primos se ha visto incrementada; y que la relación entre los progenitores aparte de los roces derivados de la necesidad de adoptar decisiones en las que puedan discrepar son los normales, sin constatarse alteración emocional alguna en la menor».

[11] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 242/2016 de 12 de abril de 2016, Rec. 1225/2015. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. La Ley 29688/2016. ECLI: ES:TS:2016:1636.

«Se han modificado las circunstancias tenidas en cuenta al dictarse la sentencia de divorcio. *El incremento de edad del niño (en la actualidad tiene 12 años) constituye en sí mismo una variable que aconseja un contacto más intenso* con los dos progenitores».

[12] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 251/2016 de 13 de abril de 2016, Rec. 1473/2015. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. La Ley 29690/2016. ECLI: ES:TS:2016:1638.

«Se han modificado las circunstancias tenidas en cuenta al dictarse la sentencia de divorcio pues el *incremento de edad de la niña (que tenía 5 años y en la actualidad 10) constituye en sí mismo una variable que aconseja un contacto más intenso con los dos progenitores*. El informe de la psicóloga del Juzgado señalaba la custodia compartida como el sistema más idóneo. El padre fue absuelto del delito de maltrato habitual y amenazas por los que le denunció su esposa, absolución que también constituye un cambio significativo de la circunstancias».

[13] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 211/2019 de 5 de abril de 2019, Rec. 2732/2018. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ, La Ley 50195/2019. ECLI: ES:TS:2019:1411

[14] SAP de Jaén, Sección 1.ª, Sentencia 57/2019 de 22 de enero de 2019, Rec. 1427/2018. Ponente: José Pablo MARTÍNEZ GÁMEZ. La Ley 8316/2019. ECLI: ES:APJ:2019:116.

[15] SAP de Asturias, Sección 5.ª, Sentencia 153/2019 de 22 de abril de 2019, Rec. 145/2019. Ponente: José María ÁLVAREZ SEIJO. La Ley 82510/2019. ECLI: ES:APO:2019:1704.

[16] SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, Sentencia 219/2019 de 9 de mayo de 2019, Rec. 5/2019. Ponente: María Paloma FERNÁNDEZ REGUERA. La Ley 123339/2019. ECLI: ES:APTF:2019:1337.

[17] SAP de Valladolid, Sección 1.ª, Sentencia 416/2019 de 11 de diciembre de 2019, Rec. 78/2019. Ponente: José Ramón ALONSO-MAÑERO PARDAL. La Ley 241033/2019. ECLI: ES:APVA:2019:1643.

[18] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 124/2019 de 26 de febrero de 2019, Rec. 3386/2018. Ponente: BAENA RUIZ, Eduardo. La Ley 12061/2019. ECLI: ES:TS:2019:647.

[19] SAP de Albacete, Sección 1.ª, Sentencia 304/2019 de 5 de julio de 2019, Rec. 151/2019 Ponente: Cesáreo Miguel MONSALVE ARGANDOÑA. LA LEY 109553/2019. ECLI: ES:APAB:2019:493.

[20] SAP de Les Illes Balears, Sección 4.ª, Sentencia 272/2019 de 22 de julio de 2019, Rec. 273/2019. Ponente: Gabriel Agustín OLIVER KOPPEN. La Ley 129087/2019. ECLI: ES:APIB:2019:1770.

[21] SAP de Valencia, Sección 10.ª, Sentencia 583/2019 de 23 de septiembre de 2019, Rec. 530/2019. Ponente: Daniel VALCARCE POLANCO. La Ley 147592/2019. ECLI: ES:APV:2019:3683.

[22] SAP de Guipúzcoa, Sección 2.ª, Sentencia 31/2019 de 22 de enero de 2019, Rec. 21063/2018. Ponente: Yolanda DOMEÑO NIETO. (La Ley 22660/2019). ECLI: ES:APSS:2019:93.

[23] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 551/2016 de 20 de septiembre de 2016, Rec. 2889/2015. Ponente: Antonio SALAS CARCELLER. (La Ley 124486/2016). ECLI: ES:TS:2016:4091.

[24] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 581/2019 de 5 de noviembre de 2019, Rec. 5477/2018. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. La Ley 159861/2019. ECLI: ES:TS:2019:3612.

[25] SAP de Girona, Sección 1.ª, Sentencia 86/2019 de 11 de febrero de 2019, Rec. 1314/2018. Ponente: Fernando LACABA SÁNCHEZ. (La Ley 6074/2019). ECLI: ES:APGI:2019:132.

[26] SAP de Barcelona, Sección 12.ª, Sentencia 656/2019 de 4 de noviembre de 2019, Rec. 756/2018. Ponente: José Pascual ORTUÑO MUÑOZ. (La Ley 161865/2019). ECLI: ES:APB:2019:13053.

[27] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 126/2019 de 1 de marzo de 2019, Rec. 1669/2018. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 12062/2019). ECLI: ES:TS:2019:653.

[28] SAP de Badajoz, Sección 3.ª, Sentencia 122/2019 de 4 de julio de 2019, Rec. 182/2019. Ponente: Joaquín GONZÁLEZ CASSO. La Ley 109465/2019. ECLI: ES:APBA:2019:874.

[29] SAP de Barcelona, Sección 12.ª, Sentencia 462/2019 de 3 de julio de 2019, Rec. 521/2019. Ponente: Vicente Ataúlfo BALLESTA BERNAL. La Ley 98314/2019. ECLI: ES:APB:2019:8325.

[30] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 291/2019 de 23 de mayo de 2019, Rec. 3383/2018. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 64343/2019). ECLI: ES:TS:2019:1661.

[31] SAP de Jaén, Sección 1.ª, Sentencia 1162/2019 de 29 de noviembre de 2019, Rec. 1115/2019. Ponente: Ana MANELLA GONZÁLEZ. La Ley 225261/2019. ECLI: ES:APJ:2019:1649

[32] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 740/2016 de 21 de diciembre de 2016, Rec. 3389/2015. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. La Ley 190620/2016. ECLI: ES:TS:2016:5668.

[33] Auto del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 24 de abril de 2019, Rec. 4391/2018. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. La Ley 46537/2019. ECLI: ES:TS:2019:4501A.

1.2 Derecho de familia

La sociedad de gananciales: confesión de ganancialidad, atribución voluntaria de la ganancialidad y derecho de reembolso

Community society: confession of community property, voluntary attribution of community property and right of reimbursement

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 confesión de ganancialidad, asimismo en la atribución voluntaria de la ganancialidad que descansa en la libre contratación de los cónyuges, y representa una excepción del principio de subrogación real que, en combinación con tal presunción de ganancialidad suponen una extensión objetiva del patrimonio común o ganancial, y en fin, en el ejercicio del derecho de reembolso como instrumento requilibrador de patrimonios cuya efectividad tiene lugar en el momento de la liquidación, si no se ha hecho efectivo con anterioridad.

ABSTRACT: The present study is going to center on the analysis of the confession of common property, also on the voluntary attribution of community property that is bases on the free hiring of spouses that supposes an objective extension of the common patrimony and in the exercises of the right of reimbursement, balancing instrument of patrimonies whose effectiveness takes places in the liquidation of the community of property.

PALABRAS CLAVES. Sociedad de gananciales. Patrimonio privativo y común. Derecho de reembolso. Atribución voluntaria de la ganancialidad. Presunción de ganancialidad. Disolución y liquidación. Separación de hecho.

KEY WORDS. Community society. Common and private heritage. Right of reimbursement. Voluntary attribution. Community presumption. Dissolution and liquidation. De facto separation.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA CONFESIÓN DE GANACIALIDAD EN LA ADQUISICIÓN DE BIENES.—III. LA ATRIBUCIÓN VOLUNTARIA DE LA GANANCIALIDAD.—IV. DERECHO DE REEMBOLSO O REINTE-

GRO ENTRE PATRIMONIOS. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 1358 DEL CÓDIGO CIVIL.—V. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES. EL PASIVO. 1. La separación de hecho como causa de disolución de la sociedad de gananciales. 2. Pasivo de la sociedad de gananciales. Derecho de reintegro o reembolso.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El matrimonio da lugar al nacimiento del estado civil de casado y tiene un aspecto personal y patrimonial. El contenido personal está constituido por los deberes conyugales recogidos en los artículos 67 y 68 del Código civil y presidido por el principio de igualdad establecido en los artículos 32 de la Constitución Española y 66 del Código civil. En cuanto al contenido patrimonial, referido al régimen económico matrimonial en sus diferentes modalidades —sociedad de gananciales, régimen de separación de bienes y de participación de bienes— se sujeta a las reglas establecidas en los artículos 1315 a 1444 del Código civil. El primero de estos preceptos establece que «el régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código». A falta de capitulaciones o, si estas son ineficaces, será el de sociedad de gananciales. Por tanto, los cónyuges pueden pactar en los capítulos cualesquiera de los regímenes legales que prevé nuestro derecho y si no se pactan nada o las capitulaciones son ineficaces, se fija como régimen legal supletorio de primer grado el de sociedad de gananciales[1]. De todas formas, también se prevé un régimen supletorio de segundo grado —el de separación de bienes— para los casos en los que los cónyuges no han pactado un régimen determinado y no resulta aplicable el régimen de gananciales. Así si se ha acordado la exclusión del régimen de gananciales (art. 1435.2 del CC), o si se ha extinguido el régimen preexistente, ya sea el de gananciales o el de participación, pero el matrimonio subsiste y los cónyuges no han pactado ningún régimen legal (arts. 1345.3, 1373 y 1374 del CC)[2].

Ahora bien, los cónyuges pueden no solo acordar su régimen económico matrimonial sino que también pueden modificarlo en cualquier momento. Así lo dispone el artículo 1325 del Código civil. Tales cambios no perjudican los derechos adquiridos por terceros (art. 1317 del CC).

Centrándonos en el régimen legal de gananciales, el artículo 1344 del Código civil señala que «mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenido indistintamente por cualquiera de ellos que, les será atribuidos por mitad al disolverse aquella». La primera consecuencia de este precepto es que hay tres masas patrimoniales —patrimonio común y patrimonios privativos de ambos cónyuges—, que entre ellas se pueden dar desplazamientos patrimoniales que exigen el restablecimiento del equilibrio entre los mismos mediante el mecanismo de la subrogación real y el sistema de reintegros y reembolsos. Asimismo, además de los bienes comunes o gananciales, una vez finalizado el régimen se procede a la liquidación del patrimonio común por mitad entre los cónyuges, por lo que las ganancias o beneficios se atribuirán por mitad[3].

Sin entrar por razones de espacio en el debate de la naturaleza de la sociedad de gananciales que, mientras para unos es una sociedad civil[4], para otros, mayoritariamente, se trata de una comunidad germánica[5], o se entiende que se

trata de un ente jurídico híbrido producto de la fusión entre comunidad y sociedad[6]; aunque todos coinciden en que carece de personalidad jurídica[7], indicar que, comienza en el momento de celebración del matrimonio o posteriormente al tiempo de pactarse en capitulaciones matrimoniales. También puede comenzar la sociedad de gananciales en virtud de lo previsto en el artículo 1374 del Código civil, esto es, mediante la opción que tiene el cónyuge no deudor ante el embargo de bienes gananciales por las deudas privativas del otro cónyuge (art. 1373 del CC), acordar en el plazo de tres meses en documento público el comienzo de una nueva sociedad de gananciales[8]. En todo caso, pese a los términos del citado artículo 1345 del Código civil puede admitirse la posibilidad que los cónyuges convengan someter a condición o término el nacimiento de la sociedad de gananciales[9].

Como hemos indicado en líneas precedentes, hay tres masas patrimoniales: dos privativas y una común que pertenece a ambos cónyuges. Con carácter general son bienes privativos los que se concretan en el artículo 1346 del Código civil: 1. Los bienes y derechos que pertenezcan a cada cónyuge al comenzar la sociedad[10]. Si se trata de bienes comprados a plazo por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio se satisfaga con dinero ganancial (art. 1357.1); y, tratándose de vivienda o ajuar familiar, corresponde en *pro indiviso* a la sociedad de gananciales y al cónyuge en proporción al valor de las aportaciones respectivas por aplicación del artículo 1354 al que remite el artículo 1357.II; 2. Los bienes adquiridos por cada uno de los cónyuges después de comenzar la sociedad por título gratuito —donación o por sucesión *mortis causa*—. Si bien, el artículo 1353 del Código civil dispone que los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, se entienden gananciales, siempre que la liberalidad sea aceptada por ambos y el donante o testador no haya dispuesto lo contrario[11]. De no operar este precepto, los bienes donados o dejados en herencia pertenecerían en pro indiviso a ambos cónyuges; 3. Los bienes adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos —subrogación real—; 4. Los adquiridos por derecho de retracto pertenecientes a uno solo de los cónyuges, sin perjuicio del derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales, si se han adquirido con fondos comunes (art. 1346 apartado 2); 5. Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles *inter vivos*; 6. El resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges y a sus bienes privativos. El fundamento de este supuesto como el anterior descansa en la vinculación a la persona a la que pertenecen tales bienes o derechos y en cuyo patrimonio se integran[12]; 7. Las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor; 8. Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando estos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común. Ahora bien, si tales instrumentos se adquieren con fondos comunes, sigue siendo privativos, pero «la sociedad será acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho», al igual que, respecto a los bienes adquiridos por derecho de retracto pertenecientes a uno solo de los cónyuges (art. 1346 apartado segundo). Asimismo, son bienes privativos «el derecho de usufructo o de pensión, perteneciente a uno de los cónyuges», siendo, en cambio, ganancial los frutos, pensiones e intereses devengados durante el matrimonio (art. 1349). Igualmente, se considera privativo la cantidad o crédito pagadero en un número de años, cuyas sumas se cobren a plazos vencidos durante el matrimonio (art. 1348). En fin, son también privativas las nuevas acciones u otros

títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos; y las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir. No obstante, si para el pago de la suscripción se utilizaren fondos comunes o se emitieran las acciones con cargo a los beneficios, se reembolsará el valor satisfecho (art. 1352).

En cuanto a los bienes gananciales son los establecidos en el artículo 1347 del Código civil así: 1. Los bienes obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges. Igualmente, las ganancias obtenidas por cualquiera de los cónyuges en el juego y las procedentes de otras causas que eximan de restitución (art. 1351); 2. Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales[13]; 3. Los bienes o derechos adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos[14]; 4. Los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, aun cuando lo fueran con fondos privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge por el valor satisfecho; 5. Las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad de gananciales por cualquier de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. En el caso que, a la formación de la empresa o establecimiento concurre tanto capital privativo como capital común pertenecerán en *pro indiviso* a la sociedad de gananciales y al cónyuge en proporción al valor de las aportaciones respectivas (art. 1354 por remisión del art. 1347.5). Son también bienes gananciales los adquiridos a título oneroso durante el matrimonio a los que los cónyuges atribuyen de común acuerdo la condición de gananciales cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que dicho precio se satisfaga (art. 1355.1 del CC). En todo caso, la ley presume la voluntad favorable al carácter ganancial de los bienes cuando son adquiridos de forma conjunta y sin atribución de cuotas (art. 1355.2 del CC). Se trata de una presunción *iuris tantum* que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario. Asimismo, el artículo 1361 del Código civil establece la presunción de ganancialidad en cuya virtud «se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los cónyuges». Por lo que en estos dos casos existe una tendencia a favorecer el patrimonio ganancial. Son fuentes de ganancialidad junto al mecanismo de subrogación real respecto de los bienes o derechos adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno de los cónyuges (art. 1347.3 del CC).

Ahora bien, la atribución de determinados bienes a un patrimonio ganancial o privativo puede producir desequilibrios patrimoniales cuando se ha empleado en su adquisición dinero ganancial o privativo. Para ello se compensa este desequilibrio mediante el ejercicio de los derechos de reembolso o reintegro a favor del patrimonio perjudicado como establece el artículo 1358 del Código civil.

En fin, el Código civil contiene reglas especiales sobre el carácter privativo o ganancial de determinados bienes. Así los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación en parte ganancial y en parte privativa, corresponderán en *pro indiviso* a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas (art. 1354 del CC) en función de los fondos aportados[15]. Esta regla de copropiedad o comunidad indiviso que establece este precepto representa una aplicación directa del principio de subrogación real (arts. 1346.3 del Código civil para bienes privativos y 1347.3 para los bienes gananciales)[16]. A este precepto remiten el artículo 1347.5 del Código civil —si a la formación de la empresa o establecimientos han concurrido capital privativo

y capital común—; y el artículo 1357 apartado segundo del citado cuerpo legal —adquisiciones a plazo de la vivienda y el ajuar familiar por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad de gananciales, cuando se ha pagado en parte con fondos gananciales y en parte con fondos privativos—.

Por otra parte, los bienes adquiridos por uno de los cónyuges por precio aplazado constante la sociedad de gananciales, tendrá naturaleza ganancial, si el primer desembolso tuviera tal carácter, aunque los restantes plazos se satisfagan con dinero privativo; por el contrario, si el primer desembolso tiene carácter privativo, el bien tendrá esta naturaleza (art. 1356 del CC). A diferencia del anterior supuesto reseñado, supone una excepción al principio de subrogación real, pues, la procedencia privativa o ganancial depende del primer desembolso, no dando lugar a un régimen de copropiedad en proporción al valor de las respectivas aportaciones[17]. En todo caso, el patrimonio del que el bien adquirido no forme parte tiene derecho a ser reembolsado por las cantidades invertidas en la adquisición (art. 1358 del CC).

En cuanto a los bienes comprados a plazo por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad, tendrá siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisface con dinero ganancial (art. 1357.1 del CC). Como señalan GARDEAZÁBAL DEL RÍO y SÁNCHEZ GONZÁLEZ «el carácter de la disposición inicial es el que determina el carácter definitivo del bien: es lo que se ha denominado el criterio de «accesión económica» como excepción al criterio de subrogación real»[18]. Ahora bien, tal doctrina se aplica salvo a la adquisición de la vivienda y ajuar familiar, pues la remisión del artículo 1357.2 al artículo 1354 determina una regla de comunidad pro indiviso y para los actos de disposición sobre la vivienda familiar —acto de división de la cosa común— resulta aplicable el artículo 1320 del Código civil[19]. De todas formas, para RAGEL SÁNCHEZ esta remisión del artículo 1357.II a la regla de proporcionalidad establecida en el artículo 1354 «puede quedar sin efecto ante la confesión de ganancialidad realizada por el comprador o la confesión de privatividad formulada por el cónyuge del comprador»[20].

Por último en este breve *excursus* de reglas especiales sobre el carácter privativo o ganancial de los bienes, el artículo 1359 del Código civil establece respecto al régimen de las mejoras realizadas en bienes gananciales o privativos que «*las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes a que afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho*» —se atiende a los fondos gananciales o privativos que se empleen en la mejora—[21]; asimismo precisa que «*si la mejoras hecha en bienes privativos fuese debida a la inversión de fondos comunes o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, la sociedad será acreedora del aumento de valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado*». Por lo que si la mejora se realiza en bienes comunes empleando fondos privativos, la mejora será ganancial o común, pero el patrimonio privativo tendrá derecho a recuperar el valor de los fondos invertidos de forma actualizada (art. 1358 del CC), al igual que, si la mejora en bienes privativos se hace con dinero ganancial, será privativa, si bien el patrimonio común tendrá derecho a recuperar los fondos empleados actualizados. Sin embargo, cuando la mejora se realice en bienes privativos con fondos comunes o gananciales, o con la actividad de cualquiera de los cónyuges, en lugar de reconocer a la sociedad un derecho de crédito de reembolso de lo invertido, se le otorga un crédito por el aumento de valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora al tiempo de la disolución

de la sociedad de gananciales o de la enajenación de los bienes mejorados[22]. La misma regla del artículo 1359 del Código civil se aplica a los incrementos patrimoniales incorporados a la explotación, establecimiento mercantil o, en general cualquier tipo de empresa como establece el artículo 1360 de Código civil. Lo cierto es que, como precisan GARDEAZÁBAL DEL RÍO y SÁNCHEZ GONZÁLEZ «el principio de lo accesorio sigue a lo principal tiene su aplicación en sede de sociedad de gananciales en los artículos 1359 y 1360» y añaden «lo determinante de la calificación ganancial o privativa, como regla general es el carácter del bien que recibe el incremento por vía de accesión (art. 358)»[23].

En este contexto, el presente estudio se va a centrar en el análisis de la confesión de ganancialidad prevista en el artículo 1361 del Código civil y en la atribución voluntaria de ganancialidad contenida en el artículo 1355 del Código civil y, en su caso, ante el derecho de reembolso a favor del patrimonio privativo aportado para la adquisición de un bien ganancial que, tal atribución puede generar, se haya hecho o no reserva de aquel en el momento de la compra, tal como ha resuelto la Sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 27 de mayo de 2019[24], además de proceder a un criterio revisor del citado artículo 1355 y concordantes del Código civil, y se ha reiterado en otras resoluciones posteriores de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 11 de junio de 2019[25]; de 6 de febrero de 2020[26]; de 12 de febrero de 2020[27]; de 2 de marzo de 2020[28]; y, de 1 de junio de 2020[29]. Precisamente, los reembolsos y reintegros entre patrimonios que van a tener lugar en el momento de liquidar la sociedad de gananciales tanto en este supuesto descrito como en otros, van a ser objeto también de tratamiento en este estudio.

II. LA CONFESIÓN DE GANANCIALIDAD EN LA ADQUISICIÓN DE BIENES

Ante la falta de acreditación del carácter ganancial de un bien y la dificultad de la prueba, la ley arbitra para estos casos una presunción legal a favor de la ganancialidad en el artículo 1361 del Código civil de los bienes que forman parte de la sociedad conyugal[30]. Para RAGEL SÁNCHEZ, aunque el Código civil ni la regula expresamente, consiste «en una declaración unilateral realizada por el cónyuge, que manifiesta que determinado bien tiene carácter ganancial»[31]. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2009[32] dispone que «la calidad ganancial o privativa de un bien no depende de declaraciones unilaterales de los cónyuges (salvo el caso del artículo 1324 del CC), sino que su naturaleza viene fijada o por la ley o por la voluntad de los cónyuges». Esta declaración tiene su base fundamental en el principio de libertad de contratación entre los cónyuges contenida en el artículo 1323 del Código civil que, permite a aquellos transmitirse bienes o derechos por cualquier título, además de la preferencia en este régimen económico matrimonial de la formación de una masa ganancial en detrimento de las masas privativas que, pertenecen a ambos cónyuges. Lo que en este contexto patrimonial representa la *vis atractiva* de tal masa común o ganancial[33]. Asimismo, como dice RAGEL SÁNCHEZ «la validez de esta declaración de voluntad viene avalada por dos criterios de interpretación lógica: en primer lugar, si un cónyuge puede hacer lo más (transmitir un bien privativo a la sociedad de gananciales), también puede hacer lo menos (declarar que un determinado bien es ganancial); y, en segundo lugar, si puede confesar lo que más le perjudica (que un bien es privativo del otro cónyuge) también podrá confesar lo que le perjudica menos (que el bien es ganancial)»[34].

Ahora bien, esta presunción de ganancialidad que opera en el máximo respeto a la autonomía de voluntad de los cónyuges y, no, precisamente, bajo la premisa de evitar situaciones de fraude de ley, actúa en palabras de GARDEAZÁBAL DEL RÍO y SÁNCHEZ GONZÁLEZ «a favor del consorcio y representa una manifestación concreta de las consecuencias naturaleza que derivan de la existencia de la comunidad de vida que supone el matrimonio, ahora sobre el aspecto patrimonial, al hacer prevalecer en las situaciones dudosas la titularidad compartida»[35].

Por otra parte, estas traslaciones patrimoniales favorables a la ganancialidad determinan un aumento del patrimonio ganancial en detrimento de los privativos de los cónyuges y tienen como contrapartida un derecho de reembolso que, posibilita un reequilibrio entre las diferentes masas patrimoniales, si bien, para ello se necesita probar la titularidad privativa del bien —que el Registro de la Propiedad exige para ello la prueba documental pública—; o si se trata de adquisiciones realizadas por uno solo de los cónyuges con dinero privativo, la procedencia de tales fondos privativos con la dificultad de la prueba que ello conlleva. De todas formas, los bienes adquiridos por uno solo de los cónyuges en que no se puede probar la procedencia privativa, serán presuntivamente gananciales. Por lo que, de no operar la confesión de ganancialidad, el bien adquirido por uno de los cónyuges para la sociedad de gananciales, será presuntivamente ganancial.

Esta confesión de ganancialidad vincula al declarante, pues, de no llevarse a cabo, el bien puede ser calificado de privativo por la vía de la subrogación real (art. 1346.3 del CC); de la misma forma que, la confesión de privatividad del artículo 1324 del Código civil que vincula y perjudica al declarante[36]. En todo caso, como analizaremos, la separación de hecho puede afectar a la presunción de ganancialidad.

En este contexto, la presunción de ganancialidad que se deriva de tal confesión, para GARDEAZÁBAL DEL RÍO y SÁNCHEZ GONZÁLEZ opera en el campo de la prueba, pero no en la titularidad de los bienes[37]. Efectivamente, la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código civil es una presunción legal *iuris tantum* —ya prevista en la Ley 203 de Estilo y en la Novísima Recopilación— que, admite prueba en contrario (art. 385.3 de la LEC)[38]. Prueba que, como exige la jurisprudencia, debe ser expresa, cumplida y satisfactoria, sin que baste los meros indicios o basada en simples conjeturas, aunque en ocasiones procede la prueba a través de «presunciones hominis» (art. 386 de la LEC)[39]. En principio, no tiene tal prueba que operar sobre documentos fehacientes, pues resulta de aplicación los medios de prueba de lo que se puede hacer uso en juicio contenidos en el artículo 299 de la LEC; si bien, no faltan resoluciones que, precisamente, exigen la aportación de documentos fehacientes —especialmente públicos— que acrediten la propiedad exclusiva por parte de uno de los cónyuges[40]. Por lo que, puede resultar más fácil que prospere la pretensión de desvirtuar la presunción. En todo caso, señala LACRUZ BERDEJO que «la posesión de bienes no vale para desvirtuar la presunción de ganancialidad. Es cierto que, el artículo 1384 considera válida la disposición de ciertos objetos por el esposo poseedor, pero esto no constituye ninguna prueba de la propiedad, sino una regla de legitimación»[41]. La carga de la prueba corresponde a quien afirma el carácter privativo del bien adquirido[42]. Lo que implica «una alteración de la doctrina de la carga de la prueba, pues el que alega el carácter ganancial de un bien adquirido constante la comunidad de gananciales, no tiene que probar que el bien lo es, sino que se presume y es el que alegue lo contrario quien tiene que probarlo»[43]. Si bien, RUIZ ALCARAZ ante la cuestión de si en la carga de la prueba ha de demostrarse también los hechos desencadenantes de la presunción o hechos bases, responde que «la presunción

alcanza al hecho presumido y al enlace lógico, pero nunca al hecho base que necesariamente ha de contar con plena acreditación»[44].

En todo caso, quizá las dificultades de la prueba tienen lugar en la esfera registral, pues, el artículo 95.2 del RH exige prueba documental para acreditar el hecho contrario a esta presunción y por ende, la dificultad de probar el carácter privativo de la contraprestación. Así la Resolución de la DGRN de 12 de junio de 2013[45] destaca la dificultad de la prueba de la privatividad cuando la contraprestación consiste en dinero, pues su carácter fungible «hace muy difícil demostrar que el dinero utilizado es privativo, pues, para ello hay que acreditar de forma indubitada que, el metálico invertido es justo el mismo que había adquirido anteriormente con igual carácter el cónyuge adquirente y que integraba su peculio privativo. Es decir, el rastro de las vicisitudes del dinero privativo que, se dice invertido en la adquisición ha de gozar de una acreditación documental plena, pues en el procedimiento registral no existe la posibilidad de admisión de otros medios de prueba, cuya admisión habría de llevar paralela la posibilidad de contradicción. Esa conclusión viene avalada por el contenido del artículo 95.2 del RH que, exige, evidentemente con el limitado alcance de regular su acceso registral, que, en las adquisiciones a título oneroso, se justifique el carácter privativo del precio o de la contraprestación mediante prueba documental pública. Fuera del proceso esa exigencia viene entendiendo como la necesidad que sea directamente la fe notarial —y no tanto las manifestaciones de parte interesada plasmadas en soporte documental público— las que amparen la privatividad del precio invertido. En otro caso, la presunción de ganancialidad proyecta tabularmente sus efectos, hasta su impugnación judicial y esta es la solución estricta que rige en el ámbito registral en tanto no haya una modificación normativa que flexibilice este panorama».

Por lo que, según se desprende de la citada resolución, se debe probar de forma auténtica la procedencia privativa del dinero y que se ha invertido en la adquisición del citado bien; lo que en la práctica solo se consigue por efecto de la subrogación real, quedando fijado de manera definitiva como tal bien privativo en el Registro de la Propiedad; o bien por aplicación de la confesión de privatividad establecida en el artículo 1324 del Código civil y artículo 95.4 del RH como mecanismo útil para desvirtuar la presunción de ganancialidad[46].

Si no es posible aportar prueba de forma auténtica, la prueba de la procedencia privativa del dinero resulta en la práctica bastante difícil a no ser, por ejemplo que, se pruebe la simultaneidad temporal de la adquisición del bien y la procedencia privativa del dinero. Así se documenta la escritura de adquisición del bien por herencia o donación y la escritura de adquisición del bien invertido con ese dinero[47].

Por su parte, la Resolución de la DGRN de 21 de mayo de 1998[48] dispone que: «esta presunción puede destruirse por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, si bien, en el ámbito registral y a los efectos de obtener la inscripción del bien con el carácter privativo, el artículo 95 del Reglamento Hipotecario exige que, en las adquisiciones a título oneroso, se justifique el carácter privativo del precio o de la contraprestación mediante prueba documental pública. La simple manifestación del adquirente que emplea para su adquisición, dinero privativo no es suficiente para destruir registralmente la presunción de ganancialidad. El hecho que el adquirente haya enajenado con anterioridad un bien privativo prueba que en su día existió en su patrimonio privativo una cierta cantidad de dinero, pero que no sea ese dinero el que se está empleando ahora para la adquisición de otro bien»[49]. Asimismo, la Resolución de la DGRN de 25 de

octubre de 2007[50] rechaza que haya quedado acreditado el carácter privativo del dinero invertido en la adquisición del bien, y, haciéndose eco de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de septiembre de 1997 según la cual «la titularidad de una cuenta bancaria atribuye a quien figure como titular de ella una disponibilidad de fondos de la misma cuenta frente a la entidad bancaria que, los retiene pero no determina sin más la propiedad del saldo de la misma, la cual solo vendrá dada por la originaria pertenencia de los fondos en ella ingresados», señala que, para estimar que, tiene carácter privativo el saldo de una cuenta «será necesario que resulte acreditado que los fondos de los que se ha venido nutriendo dicha cuenta tenga tal carácter, lo que en el presente recurso exigiría que resultare acreditado de forma fehaciente no solo que el saldo inicial tuvo aquel carácter por venir constituido por el ingreso del precio obtenido de la venta en escritura pública de un bien con naturaleza privativa acreditada, sino también que dicho saldo se haya mantenido en cuantía suficiente para que con cargo al mismo haya podido efectuarse posteriormente el pago del precio de la compra ahora realizada y que, además, durante el tiempo transcurrido desde la venta del bien privativo hasta la compra del nuevo bien no haya habido en la citada cuenta ingresos de otra procedencia que impidieran otorgar al citado saldo de manera indubitada en el momento de la compra el carácter privativo que inicialmente pudo tener». Para REBOLLEDO VARELA «es posible que acreditada la enajenación a título oneroso de bienes propios o adquisición de dinero a título gratuito, puede ser suficiente para desvirtuar la presunción de ganancialidad y aplicación del artículo 1346.3 del Código civil el hecho del trascurso de un corto periodo de tiempo entre tales hechos y la adquisición del bien presuntamente ganancial, así como la circunstancia de que el patrimonio común en ese momento ni fuera suficiente para la adquisición»[51].

Sobre tales bases, procede señalar que, la confesión de ganancialidad realizada en el momento de adquisición del bien, tiene reflejo en la esfera registral. Así el artículo 94.3 del RH establece que, los bienes adquiridos a título oneroso por uno de los cónyuges para la sociedad de gananciales se inscriben con esta indicación a nombre del adquirente. El artículo 94.4 del RH dispone que, se inscriben como bienes gananciales a nombre del cónyuge adquirente las adquisiciones inmobiliarias efectuadas a título oneroso por uno de los cónyuges expresando que adquiere para la sociedad de gananciales. En el caso de adquisiciones efectuadas por uno solo de los cónyuges sin expresar que adquieren para la sociedad de gananciales, se inscribirán a su nombre con carácter presuntivamente ganancial (art. 94.1 del RH). En todo caso, la prueba resulta más fácil, si el carácter ganancial del inmueble proviene de la aplicación de la subrogación real que, se circunscribe en la práctica a adquisiciones por compraventa, permuta o dación el pago de inmuebles. Ahora bien, frente a esta declaración de adquisición para la sociedad de gananciales que lleva a cabo el cónyuge adquirente, cabe plantearse si luego puede formular declaración unilateral en sentido contrario o simplemente oponerse a que se incluya el bien en el activo del inventario cuando se proceda a liquidar la sociedad de gananciales. Al respecto nuestro Tribunal Supremo admite que se pueda desvirtuar esa declaración cuando se acredite por el declarante que el bien adquirido tiene carácter privativo por incluirse en algunos de los supuestos regulados en el artículo 1346 del Código civil[52]. También en el campo doctrinal se indica que la inicial declaración de ganancialidad puede ser sustituida por una declaración realizada conjuntamente por ambos cónyuges; si bien, respecto del cónyuge que en su día declaró que el bien era ganancial, supone una renuncia del derecho a considerar el bien como ganancial y será válida salvo que perjudique a terceros (art. 6.3 del CC)[53].

En todo caso, existe una tendencia en nuestra jurisprudencia de considerar que, la admisión de prueba en contrario del carácter privativo del bien por parte del declarante que, en su momento manifestó que, adquiría para la sociedad de gananciales, no implica que con ello se actúe contra sus propios actos[54]. Por el contrario, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha entendido en algunas resoluciones que, estamos ante un supuesto de prohibición de ir contra los propios actos, lo que impide el acceso al Registro de la Propiedad de una declaración contraria a la ganancialidad inicialmente formulada por el adquirente y, en todo caso, la rectificación registral exige el consentimiento del otro cónyuge o resolución judicial[55].

En esta línea RAGEL SÁCHEZ señala que «el cónyuge que adquiere individualmente un bien y declara al adquirir que, lo hace para la sociedad de gananciales, está descartando con su declaración que el bien sea considerado privativo en la relación entre cónyuges, lo que le impedirá posteriormente solicitar que se declarase judicialmente que, es de su exclusiva pertenencia, porque estaría yendo contra sus propios actos. Por la misma razón, la declaración de adquirir para la sociedad de gananciales impediría al declarante formular una declaración unilateral de ser un bien privativo suyo con la finalidad de neutralizar la declaración anterior»[56].

En este contexto, la eficacia de la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código civil opera tanto en la relación interna entre cónyuges, resolviendo entre ellos los problemas de prueba, como frente a terceros adquirentes, acreedores, herederos en cuanto puede favorecerles como perjudicarles. En todo caso, favorece a los acreedores que tienen acción sobre los bienes comunes, a los terceros que no tienen que probar la naturaleza de los bienes, pero perjudica a los acreedores particulares de los cónyuges que, ven reducidas su posibilidades de actuación, al limitar los bienes privativos y por ende la reclamación sobre los mismos, salvo la aplicación del artículo 1373 del Código civil que, les permite, en todo caso, cobrar sobre la mitad de los bienes comunes correspondiente al cónyuge deudor[57].

Por otra parte, la presunción de ganancialidad determina que, en principio, todos los bienes son gananciales salvo prueba en contrario, por lo que no existen dudas sobre la calificación de los bienes, pues, todos los bienes son gananciales; no hay, por tanto, bienes dudosos[58]. De todas formas, cuando no se puede acreditar *a priori* el carácter ganancial o privativo de un bien, se aplica el artículo 1361 del Código civil atribuyéndole el carácter de ganancial y operando, en consecuencia, la presunción de ganancialidad como medio de prueba[59]. Ciertamente, el carácter ganancial o privativo de un bien proviene de los supuestos legalmente establecidos, solo cuando hay dudas sobre si son privativos o gananciales es cuando opera la presunción de ganancialidad y, precisamente, tiene lugar en las relaciones entre cónyuges, no cuando el debate se centra en determinar si un bien es ganancial o pertenece a un tercero[60].

Ahora bien, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de julio de 2002[61] afirma que «la presunción del artículo 1361 del Código civil constituye un medio de prueba que opera en las cuestiones de hecho (se presume que hubo algún hecho adquisitivo suficiente para la atribución de determinado bien a la sociedad de gananciales), pero no en las cuestiones de derecho (si cualquier hecho adquisitivo demostrado tiene como efecto jurídico la atribución del bien a uno u otro patrimonio)». REBOLLEDO VARELA no comparte esta forma de proceder, al entender que «la *vis atractiva* de la ganancialidad debe mantenerse incluso en las dudas puramente de Derecho»[62].

En cuanto al momento temporal de operatividad de tal presunción de ganancialidad tiene lugar respecto de bienes adquiridos constante matrimonio a título oneroso y no con anterioridad al mismo y, además existentes antes de la disolución del régimen de gananciales, sin que «el artículo 1361 del Código civil implique presunción alguna que los bienes de los que un cónyuge figura como titular se encuentre en una posesión en concepto de dueño al tiempo de la liquidación hayan sido adquiridos precisamente mientras el régimen económico estuvo vigente»[63]. LACRUZ BERDEJO dispone al respecto que «el artículo 1361 del Código civil ha de ponerse en relación con el 1347.3 (…); de forma que, todos los bienes adquiridos a título oneroso constante matrimonio son gananciales si no se demuestra que la adquisición se realizó con fondos inequívocamente propios»[64].

Sobre tales bases, al igual que la confesión de privatividad, la de ganancialidad tiene lugar en el momento de adquisición del bien o con posterioridad a la misma, si existen dudas sobre la naturaleza privativa o ganancial del bien. Y, como, asimismo, precisa, RAGEL SÁNCHEZ «la declaración para adquirir para la sociedad de gananciales se diferencia del pacto de atribución de ganancialidad en que la primera es una declaración unilateral y. en consecuencia, vincula al declarante, mientras que el segundo es una declaración bilateral, doble confesión de ganancialidad, lo que significa que vincula a ambos cónyuges»[65].

También, comparte con la confesión de privatividad, que tiene eficacia entre los cónyuges y frente a terceros[66].

En fin, el artículo 1361 del Código civil ha de ponerse en relación con el artículo 1347.3 de Código civil que considera bienes gananciales «*los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos*», salvo que se demuestre que la adquisición se hizo con dinero privativo o, se trata de bienes personalísimos (art. 1346.5 y 6 del CC), o de cualquiera de los enumerados en el citado artículo 1346.7 y 8[67].

III. LA ATRIBUCIÓN VOLUNTARIA DE LA GANANCIALIDAD

El artículo 1355 del Código civil señala que «*podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga. Si la adquisición se hiciere en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes*». Por lo que, posibilita que los cónyuges puedan atribuir el carácter ganancial a un bien adquirido a título oneroso vigente la sociedad de gananciales, en su totalidad o en una cuota del mismo[68]. Asimismo, se hace referencia en el citado precepto a dos formas de atribución convencional de la ganancialidad: la expresa, que se produce por voluntad declarada por ambos cónyuges, prevista en el párrafo primero del artículo 1355; y la legamente presunta o tácita que, opera cuando concurren los requisitos establecidos en la ley, en concreto, los recogidos en el párrafo segundo del citado precepto, esto es, derivado de haberse realizado la adquisición de manera conjunta y sin atribución de cuotas[69]. Ahora bien, la atribución voluntaria de la ganancialidad se indica, tiene por efecto impedir que, juegue el principio de subrogación real consagrado en el artículo 1346.3 del Código civil en relación con los bienes gananciales; y también evita la aplicación del artículo 1356 del Código civil respecto de los bienes adquiridos a plazos constante la sociedad por uno solo de los cónyuges, si el primer desembolso tuviera carácter privativo[70].

Tiene su base fundamental en el principio de libertad de pacto y de contratación entre los cónyuges tal como establece el artículo 1323 del Código civil en cuanto aplicación particular para esta materia concreta, y junto a la presunción de ganancialidad consagrada en el artículo 1361 del citado cuerpo legal supone una ampliación del ámbito objetivo del patrimonio ganancial[71]. Ciertamente, aunque el bien se adquiera con dinero privativo, tendrá carácter ganancial como consecuencia de la atribución conjunta realizada por ambos cónyuges. La resolución de la DGRN de 31 de marzo de 2010[72] señala al respecto que «en virtud de este pacto, se proyecta el principio de autonomía de la voluntad en el ámbito de las reglas de calificación y se excepciona la regla de la subrogación real, haciendo que el bien adquirido, aun habiéndose satisfecho con fondos privativos, ingrese en el patrimonio consorcial». Asimismo, supone un desplazamiento patrimonial de bienes al patrimonio ganancial[73].

Pues bien, la regla general de presunción de ganancialidad de los bienes existentes en el matrimonio que, establece el artículo 1361 del Código civil, a falta de otra prueba o declaración al respecto, puede resultar alterada por otras normas como son la del artículo 1355 del Código civil y, la del artículo 1324 del citado cuerpo legal que permite la confesión de privatividad de un bien —declaración unilateral de voluntad válida en Derecho—[74].

En este contexto, operando sobre la atribución expresa de ganancialidad contenida en el párrafo primero del artículo 1355 del Código civil, REBOLLEDO VARELA señala que, para su operatividad se exige el cumplimiento de tres requisitos: «1. Que se trata de una adquisición realizada durante el matrimonio; 2. Que haya sido realizada a título oneroso; y 3. Que la atribución de la ganancialidad se produzca en el momento de la adquisición»[75]. A estos requisitos debemos añadir el acuerdo de voluntades de los cónyuges[76]. Cumplidos tales requisitos o presupuestos el bien adquiere carácter ganancial.

Atendiendo a los mismos, indicar que, el momento temporal conforme a la previsión legal, se indica que la adquisición de los bienes a título oneroso deberá tener lugar durante el matrimonio, esto es, durante la vigencia de la sociedad de gananciales. No se puede operar respecto de bienes adquiridos con anterioridad al inicio de la sociedad de gananciales o tras su disolución, pues, tendrán, en todo caso, carácter privativo[77]. Sin embargo, para GARDEAZÁBAL DEL RÍO y SÁNCHEZ GONZÁLEZ no hay ningún inconveniente en que la atribución de la ganancialidad se haga al liquidar la sociedad de gananciales y también que pueda realizarse en momentos diferentes, esto es, antes o después de la adquisición del bien[78].

Ahora bien, lo dicho no impide que, recibidos bienes a título gratuito —donación, testamento— con carácter privativo o adquirido por uno de los cónyuges con dinero privativo, antes o constante la sociedad de gananciales, los cónyuges les atribuyan posteriormente carácter ganancial al amparo de lo dispuesto en el artículo 1323 del Código civil mediante su aportación a la sociedad de gananciales[79].

Por otra parte, la adquisición de los bienes ha de ser, como hemos señalado, a título oneroso —compraventa, permuta, dación en pago—, no a título gratuito, aunque sean adquiridos vigente la sociedad de gananciales, pues, a las adquisiciones gratuitas realizadas de forma conjunta se aplica el artículo 1353 del Código civil.

Sobre tales bases, la atribución convencional de ganancialidad debe realizarse en el momento de la adquisición, pues, como señalan DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS «el artículo 1355 da idea de que se ha redactado bajo este requisito»[80]. No obstante, se admite por la doctrina que el acuerdo pueda

tener lugar en un momento posterior a la adquisición del bien. Así es posible que, tal adquisición sea a cargo de uno de los cónyuges y con carácter privativo, pero luego se transforme el bien en ganancial mediante un pacto autónomo de aportación de bienes privativos al patrimonio ganancial al amparo del artículo 1323 del Código civil[81]; o que opere como un negocio de fijación[82]. En todo caso, resulta necesario que la atribución voluntaria de ganancialidad tenga lugar constante la sociedad de gananciales. Lo que no impide que, se dote de naturaleza ganancial a un bien adquirido antes del matrimonio —con carácter privativo—, resultando para ello de aplicación el artículo 1323 del Código civil[83].

Como hemos indicado, el artículo 1355.1 del Código civil exige el consentimiento expreso de ambos cónyuges —mutuo acuerdo— que, puede ser recogido en el propio título de adquisición[84]. En todo caso, si para la adquisición del bien se ha aportado dinero privativo, el bien seguirá teniendo el carácter de ganancial, sin perjuicio del reconocimiento de un eventual derecho de reembolso a favor del cónyuge aportante sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1358 del Código civil[85]. De todas formas, en este supuesto, el bien no se considera presuntivamente ganancial, sino plenamente ganancial aun cuando el precio o contraprestación sea privativo, por lo que la calificación del bien como ganancial no va a quedar desvirtuada por la acreditación de la procedencia privativa del dinero utilizado para su adquisición[86].

Ahora bien, la exigencia de mutuo acuerdo alcanza a la atribución de ganancialidad del bien, pero no resulta necesario que, el consentimiento se preste simultáneamente y en el mismo negocio de adquisición, pues, puede suceder que en el mismo momento de la adquisición concurra la voluntad del cónyuge adquirente y en un momento posterior el consentimiento o aceptación del otro cónyuge. Si bien, mientras esta declaración de voluntad no concurra, no producirá efectos la atribución convencional de la ganancialidad. Una vez, se otorgue aquella, adquiere de modo definitivo el bien su carácter ganancial[87]. Por lo que, conforme al artículo 93.1 del RH «se inscribirán a nombre del marido y la mujer, con carácter ganancial, los bienes adquiridos a título oneroso y a costa del caudal común por ambos cónyuges para la comunidad o atribuyéndoles de común acuerdo tal condición o adquiriéndolos en forma conjunta y sin atribución de cuotas».

En este contexto, no resulta posible aplicar el artículo 1355.1 del Código civil a la atribución voluntaria de un solo cónyuge, aunque exprese que esa adquisición se hace para la sociedad de gananciales (art. 94.1 del RH) —bien presuntivamente ganancial—[88]. En todo caso, tal presunción de ganancialidad solo se mantiene siempre que no pruebe el carácter privativo del bien y por ende, la procedencia privativa de los fondos empleados en su adquisición. Ciertamente, se produce una calificación provisional de la ganancialidad del bien que, puede ser desvirtuada en la correspondiente resolución judicial mediante prueba en contrario de la privatividad del bien[89].

De forma que, el efecto traslativo de la atribución voluntaria de la ganancialidad solo opera cuando hay un consentimiento expreso de ambos cónyuges, siendo irrelevante a los efectos de la titularidad ganancial de los bienes, cualquier demostración del carácter privativo del dinero empleado en su adquisición, pues, la condición de ganancialidad es definitiva y frente a esta atribución voluntaria de ganancialidad no cabe prueba en contrario[90]. De no pactarse esta atribución de ganancialidad, el bien, como hemos indicado en líneas precedentes, sería presuntivamente ganancial.

Se califica este pacto o acuerdo de atribución de ganancialidad como gratuito[91]; si bien, no falta alguna resolución de la DGRN que se inclina por su onerosidad salvo pacto en contrario[92].

Desde un punto de vista objetivo, la atribución voluntaria de la ganancialidad puede recaer sobre toda clase de bienes —muebles e inmuebles—. No es precisa ninguna exigencia formal para su operatividad[93].

Por otra parte, el artículo 1355.2 del Código civil consagra una presunción *iuris tantum* de pacto de atribución de ganancialidad, si la adquisición es conjunta y sin atribución de cuotas. El bien tiene carácter ganancial presunto y tal carácter «puede enervarse mediante prueba en contrario de los cónyuges otorgantes». Si bien, esta prueba en contrario no opera respecto de la procedencia privativa del dinero empleado en la adquisición conjunta del bien, sino en la inexistencia de una voluntad de los cónyuges de atribución de ganancialidad[94]. Sin embargo, para GARDEAZÁBAL DEL RÍO y SÁNCHEZ GONZÁLEZ como se trata de una presunción «siempre cabe a los cónyuges o a los terceros desvirtuarla probando el carácter privativo de la contraprestación»[95].

Ciertamente, mientras la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código civil puede ser desvirtuada mediante la prueba directa del carácter privativo de los fondos empleados en la adquisición del bien y por el juego de la subrogación real (art. 1346.3); por el contrario, en la atribución presunta y voluntaria de ganancialidad la prueba en contrario solo opera cuando se demuestre la falta de voluntad de los cónyuges de atribuir al bien el carácter ganancial, no en relación con la procedencia privativa de los fondos destinados a su adquisición. Por lo que, en este caso de atribución presunta y voluntaria de la ganancialidad, la procedencia privativa del dinero no cambia la calificación ganancial del bien que, no es objeto en ningún caso de discusión, sino en todo caso para determinar un posible derecho de reembolso a favor del cónyuge aportante (art. 1358 del CC)[96].

En fin, la atribución de ganancialidad en cada una de sus modalidades es oponible frente a acreedores y legitimarios que no pueden obviar el carácter ganancial del bien, en tanto no les perjudique. Lo que debe ser, asimismo, interpretado restrictivamente en el sentido que, tendrá derecho a reclamar el valor del bien, siempre que el reembolso no haya sido satisfecho[97].

En este contexto, se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, de 27 de mayo de 2019 que, crea directamente jurisprudencia a los efectos del artículo 1.6 del Código civil, sobre el ámbito y los efectos de la atribución de la condición de gananciales, por voluntad expresa o presunta de los cónyuges, a los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia de la sociedad de gananciales y asimismo, respecto de la titularidad de unos determinados bienes que tenían carácter ganancial, si el cónyuge tenía derecho de reintegro. La controversia se suscita tras el divorcio, en el momento de liquidación de una sociedad de gananciales, respecto de varios inmuebles adquiridos constante matrimonio bien por uno solo de los cónyuges (que declara adquirir con carácter ganancial), bien por ambos cónyuges (que declaran comprar con carácter ganancial). Los problemas que se planteen tiene que ver, por tanto, con el ámbito y los efectos de las atribuciones de ganancialidad por voluntad de los cónyuges (arts. 1323 y 1355 del CC) y su relación tanto con la presunción de ganancialidad (art. 1361 del CC) como con los distintos criterios legales de determinación del carácter ganancial o privativo de los bienes [subrogación real, artículo 1346.3 y 1347.3 del CC; adquisiciones mixtas (art. 1354 del CC)]; «accesión económica» (art. 1356 del CC), así como con la relevancia de no haber hecho reserva que se aporta dinero privativo al adquirir un bien al que se va a atribuir carácter ganancial (art. 1358 del CC).

Los antecedentes de hecho relevantes tenidos en cuenta en la presente resolución son los siguientes: El Sr. Juan Pablo interpuso demanda de liquidación

de sociedad de gananciales a la que acompañó una propuesta de formación de inventario. En el acto de formación de inventario la demandada, Sra. Reyes, discrepó acerca del porcentaje de ganancialidad que se atribuía a tres inmuebles en la propuesta, por lo que se señaló la celebración de vista respecto de las partidas en las que no había acuerdo. Tras la celebración de la misma, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 5 de Getafe dictó Sentencia el 31 de marzo de 2015 declarando que la vivienda de Getafe, le pertenece al actor en un 51,20% y en el 48,80% de la sociedad de gananciales; el inmueble sito en (…) de Málaga, 100% privativa del actor; la parcela rustica de Toledo, en el despoblado de Torrejoncillo, en la Vereda el Topo, en un 66% privativa del actor y un 34% de la sociedad de gananciales. Interpuesto recurso de apelación por la esposa demandada, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, de 1 de septiembre de 2016 estimó el recurso interpuesto por la demanda y declarando que todos los inmuebles pertenecen a la sociedad de gananciales, sin que haya derecho de reembolso a favor del actor por el dinero invertido en la compra. D. Juan Pablo interpuso recurso de casación que se funda en dos motivos: en el primero denuncia la infracción de los artículos 1346.3 y 1354 del Código civil y en el segundo infracción del artículo 1361 del Código civil. Para justificar interés casacional cita la doctrina del Tribunal Supremo respecto de la atribución de ganancialidad de los bienes y la enervación de su presunción de conformidad a las Sentencias 839/1997, de 29 de abril, 839/1997, de 29 de septiembre, 593/2007, de 29 de mayo, 158/2000, de 24 de febrero y 1329/2006, de 11 de diciembre. Razona que se infringe el artículo 1346.3 del Código civil porque está documentalmente probado que la adquisición de bienes inmuebles en las proporciones acreditadas lo han sido a costa y en sustitución de bienes privativos; que se infringe el artículo 1354 del Código civil porque está acreditada documentalmente la aportación privativa y la aportación ganancial de los cónyuges, y sin embargo, la sentencia atribuye a todo el conjunto de bienes de carácter ganancial, sin tener en cuenta las aportaciones respectivas; que se infringe el artículo 1361 del Código civil porque la sentencia mantiene la presunción de ganancialidad de los bienes a pesar de que existe prueba sobre la privatividad de los mismos.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, declara el carácter ganancial de una finca con el correlativo derecho de reintegro a favor del cónyuge que puso dinero privativo para el pago del precio. Al respecto la decisión de la Sala se basa en los siguientes argumentos jurídicos y marco normativo. Así indica que, los bienes existentes en el matrimonio se presumen gananciales mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los cónyuges (art. 1361 del CC). Combinando esta presunción con la afirmación que son bienes gananciales los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común (art. 1347.3 del CC), resulta que todos los bienes adquiridos por título oneroso constante matrimonio son gananciales, si no se demuestra que la adquisición se realizó con fondos propios. Por lo que, el cónyuge que sostenga el carácter privativo de un bien adquirido a título oneroso debe probar el carácter privativo del dinero empleado en la adquisición (a efectos del artículo 1346.3 del CC, o, en su caso, del artículo 1354 del CC, o del artículo 1356 del CC). Para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos (o que lo es el dinero empleado en su adquisición) es bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudica a los herederos forzosos del confesante ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges (art. 1324 del CC). Por otra parte, dada la amplitud con que el artículo 1323 del Código civil admite la libertad de pactos y contratos entre los cónyuges, son posibles acuerdos por

los que se atribuya carácter ganancial a bienes privativos de uno de ellos (por ejemplo, por haber adquirido antes de la sociedad, o adquiridos a título gratuito constante la sociedad, etc.). Precisamente, en este marco, el artículo 1355 del Código civil, en particular, permite que los cónyuges atribuyan de común acuerdo carácter ganancial a un bien adquirido a título oneroso durante la vigencia de la sociedad de gananciales, con independencia de la procedencia de los fondos utilizados para la adquisición. Se trata, como hemos analizado, de la atribución de ganancialidad en el momento de la adquisición. Ahora bien, si los fondos utilizados fueran gananciales, el bien adquirido sería ganancial por aplicación del artículo 1347.3 del Código civil —subrogación real—. De forma que, en este caso no haría falta la voluntad de las partes para atribuir al bien adquirido el carácter ganancial. Lo que permite, precisamente, el artículo 1355 del Código civil es que los cónyuges atribuyan carácter ganancial a bienes, que de no existir tal acuerdo, serían privativos con arreglo a los criterios de determinación legal.

Sobre tales bases, mientras que, los bienes adquiridos a costa de bienes privativos son privativos (art. 1346.3 del CC), el artículo 1355 del este cuerpo legal permite que, los cónyuges atribuyan carácter ganancial a los bienes adquiridos con fondos privativos de un cónyuge, sustituyendo con su voluntad la determinación legal de los bienes y convertir, como señalamos, en definitiva tal calificación ganancial. Pese a no mencionarlo el citado artículo 1355, los cónyuges también pueden atribuir carácter ganancial en su totalidad a bienes adquiridos mediante precio en parte ganancial y en parte privativo (art. 1354 del CC).

En este contexto, como igualmente expusimos en líneas precedentes, frente a la atribución de ganancialidad realizada de forma voluntaria por los cónyuges, la prueba posterior del carácter privativo del dinero invertido sería irrelevante a efectos de alterar la naturaleza del bien, que ha quedado fijado por la declaración de voluntad de los cónyuges de forma definitiva y no provisional como en el caso de confesión de ganancialidad.

Por otra parte, como requisito para que opere la atribución de ganancialidad, el artículo 1355 del Código civil exige el «mutuo acuerdo», es decir, el consentimiento de ambos cónyuges. Si bien, el apartado segundo del citado artículo 1355 facilita la prueba de la existencia del convenio de atribución de ganancialidad en los casos de adquisición en forma conjunta y sin atribución de cuotas, porque en este caso presume la voluntad favorable de los cónyuges al carácter ganancial de los bienes. Por ello, para desvirtuar esta presunción de la voluntad común favorable a la ganancialidad no basta con probar que el precio pagado es privativo. El que esté interesado en desvirtuar la presunción que establece el mencionado artículo 1355.II del Código civil debe probar que en el momento de realizar la adquisición no existía la voluntad común que el bien se integrara en el patrimonio ganancial —esto es voluntad de atribuir al bien el carácter ganancial—.

Sobre tales bases, asimismo, procede señalar que, el artículo 1355 del Código civil no contempla la atribución de ganancialidad de manera unilateral, por voluntad de uno solo cónyuges, la declaración del cónyuge que, al adquirir un bien en solitario, manifiesta hacerlo para la sociedad, es coherente con la presunción de ganancialidad (art. 1361 del CC), pero por sí solo no atribuye al adquirido la condición de ganancial. Estamos ante un bien presuntivamente ganancial y el adquirente puede probar en un proceso judicial el carácter privativo de los fondos a efectos que se declare que el bien adquirido es privativo. A efectos registrales, indicar que, si se trata de un inmueble, la manifestación del cónyuge que el bien se adquiere para la sociedad da lugar a que el bien se inscriba a nombre del cónyuge adquirente con esta indicación (art. 93.4 del RH), sin que

para ello se exija la demostración que, los fondos invertidos son gananciales. Por el contrario, aunque el dinero empleado fuera privativo, la inscripción del bien adquirido como privativo del cónyuge requiere la justificación del carácter privativo del precio mediante prueba documental pública. Esta previsión expresa del artículo 95.2 del RH es coherente con el tipo de prueba que puede apreciar el registrador de la propiedad.

De todas formas, partiendo de la exigencia de «común acuerdo» de los cónyuges, si adquiere un solo de estos, corresponde al no adquirente probar la existencia de acuerdo, dado que constituye un hecho positivo exigido por la norma como presupuesto o requisito para la atribución de ganancialidad.

La aplicación de todo lo expuesto al caso litigioso conduce a la estimación parcial del recurso de casación y que al asumir la instancia, resuelve sobre el carácter privativo o ganancial de los inmuebles del siguiente modo: a) Está probado que el piso de Málaga lo adquirió el marido mediante escritura otorgada el 2 de febrero de 2001, en la que declaró estar casado en régimen de gananciales y comprar con carácter ganancial. Está probado, por la documental aportada y por la declaración de ambos esposos, que el marido era copropietario, junto con su hermano, de un piso en Málaga que había adquirido por herencia de su padre; también que ambos hermanos vendieron el piso el 2 de febrero de 2001 por un importe de 84.141,69 euros y, a continuación, esa misma mañana, el marido adquirió el inmueble litigioso por un precio de 24.040,48 euros, que pagó con el dinero obtenido de la anterior venta. No ha quedado probado la existencia de la voluntad común de atribuir al piso litigioso carácter ganancial, por lo que cuando se adquirió ingresó en el patrimonio privativo del marido, ni consta que posteriormente se haya aportado a la sociedad de gananciales. En consecuencia, el piso de Málaga es privativo del marido; b) Ha quedado probado que la adquisición de la finca de Ugena (Toledo) se llevó a cabo por ambos cónyuges, que otorgaron escritura el 13 de septiembre de 2000, haciendo constar que compraban con carácter ganancial. En consecuencia, la finca es ganancial; c) Respecto al piso de Getafe, consta que el 16 de abril de 1991, el marido, haciendo constar que estaba casado y en su condición de «cooperativista adjudicatario», suscribió un documento privado de compra del inmueble con la constructora. En el mismo documento se hacía mención a la posterior ejecución y entrega de la vivienda y al otorgamiento de la futura escritura pública. A partir de estos datos, se concluye que el piso de Getafe es ganancial.

En este contexto y operando sobre la doctrina jurisprudencial fijada, hemos de señalar que, atendiendo al principio de subrogación real, son bienes gananciales los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común (art. 1347.3 del CC), lo que junto con lo previsto en el artículo 1361 del Código civil —presunción de ganancialidad— se entiende que son gananciales todos los bienes adquiridos a título oneroso constante matrimonio, mientras no se demuestre que la adquisición se hizo con fondos privativos —no hay bienes dudosos—. No obstante, el principio de subrogación real, asimismo el cónyuge que sostenga el carácter privativo de un bien deberá probar el carácter privativo del dinero empleado en la adquisición (art. 1346.3 del CC). Ahora bien, registralmente si se trata de un inmueble, la manifestación del cónyuge que el bien se adquiere para la sociedad de gananciales da lugar a que el bien se inscriba a nombre del cónyuge, sin que sea necesario probar que los fondos invertidos son gananciales y el bien se ha de inscribir como ganancial, mientras no se pruebe el carácter privativo del dinero mediante prueba documental pública. Ciertamente, aunque el dinero empleado fuera privativo, la inscripción del bien adquirido como privativo del cónyuge re-

quiere la justificación del precio mediante prueba documental pública de forma que, la condición de ganancialidad de un bien derivado de la sola declaración de voluntad del adquirente es meramente presuntiva y este puede probar en un procedimiento judicial el carácter privativo de los fondos al efecto que se declare que el bien adquirido es privativo. Por lo que, la manifestación del cónyuge de haber adquirido para la sociedad de gananciales, no le obliga en juicio, ni supone que con esta forma de proceder vaya en contra del principio de vinculación de los actos propios, si el cónyuge adquirente prueba, precisamente, en juicio el carácter privativo del dinero empleado en la adquisición del bien. Esta doctrina jurisprudencial resulta coherente con la forma de proceder del Registro de la Propiedad, al no disponer el registrador de medios para verificar el carácter privativo o ganancial del bien adquirido.

Por otra parte, para la atribución de la ganancialidad en los términos expuestos, se exige el «mutuo acuerdo» de las partes, esto es, el consentimiento de ambos cónyuges. Por lo que, no resulta operativo el artículo 1355.1 del Código civil cuando hay la declaración unilateral del cónyuge adquirente de hacerlo para su sociedad de gananciales, salvo como señala el Alto Tribunal que, se aporte prueba de la existencia del acuerdo de atribución de la condición de ganancial por el no adquirente. En todo caso, esta atribución de ganancialidad realizada de forma voluntaria por ambos cónyuges que resulta definitiva, supone que aunque se pruebe el carácter privativo del dinero, no se altera la naturaleza del bien y solo se genera un derecho de reembolso a favor del aportante (art. 1358 del CC), sin necesidad de que previamente se haya reserva de dicho derecho en el momento de la adquisición o manifestación semejante.

Asimismo, este artículo 1355 en su apartado segundo del Código civil presume la voluntad favorable de los cónyuges al carácter ganancial de los bienes. De forma que, quien esté interesado en desvirtuar la presunción, debe probar que en el momento de realizar la adquisición no existía la voluntad común de que el bien se integrara en el patrimonio ganancial.

En fin, para esta Sala de lo Civil resulta ampliable el ámbito objetivo del artículo 1355 del Código civil, pese a no mencionarse en el texto del mismo expresamente, en concreto, se puede atribuir también voluntariamente por los cónyuges el carácter ganancial a los bienes adquiridos mediante dinero en parte ganancial y en parte privativo (art. 1354 del CC).

Ahora bien, de no resultar de aplicación el artículo 1355 del Código civil por no darse los requisitos que fija, con apoyo en el artículo 1323 del Código civil que, admite la libertad de pactos entre cónyuges, puede ser calificado un bien inmueble como ganancial. Así lo ha establecido la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de febrero de 2020. La peculiaridad del caso es que los cónyuges otorgaron conjuntamente escritura pública de compraventa después de casados y bajo la vigencia del régimen de gananciales sin hacer referencia alguna al documento privado de compra otorgado por la esposa con anterioridad a la celebración del matrimonio. La esposa no ha ofrecido ninguna explicación acerca de por qué en 1995 ambos esposos otorgaron escritura pública declarando que compraban conjuntamente y se limita a argumentar que el precio lo ha pagado ella en su integridad. Aunque el artículo 1355 del Código civil se refiere a la adquisición a título oneroso «durante el matrimonio», debe tenerse en cuenta que el artículo 1323 del Código civil ampara los desplazamientos patrimoniales entre el patrimonio privativo y ganancial y, en consecuencia, posibilita que, de mutuo acuerdo los cónyuges atribuyan la condición de ganancial tanto a un bien privativo como a un bien en parte ganancial

y en parte privativo. En consecuencia, con apoyo en el citado artículo 1323, la calificación del inmueble como ganancial realizada en la sentencia recurrida, debe mantenerse pues, aunque la parte recurrente puede llevar razón sobre la improcedencia de la aplicación del artículo 1355, tal apreciación carece de lo que en numerosos resoluciones de este Alto Tribunal se ha dado en llamar el efecto útil, dado que la calificación de ganancial procedería igualmente. Si bien, la inclusión en el activo del piso litigioso debe ir, en consecuencia, acompañada del reconocimiento de un crédito a favor de la esposa por el importe actualizado del dinero privativo empleado en su adquisición, puesto que no consta que renunciara al mismo.

IV. DERECHO DE REEMBOLSO O REINTEGRO ENTRE PATRIMONIOS. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 1358 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 1358 del Código civil dispone que: «*cuando conforme a este Código los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice, habrá de reembolsarse el valor satisfecho a costa, respectivamente, del caudal común o del propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación*». Se configura este derecho de reembolso con referencia al valor satisfecho a costa del patrimonio ganancial o privativo. Se trata de una deuda de valor respecto del nominal de la cantidad indebida y, supone que, «lo que se debe reembolsar es el valor satisfecho a costa del caudal común o de uno de los privativos, pero actualizado al momento de la liquidación»[98]. Para LACRUZ BERDEJO la finalidad del precepto es «imponer el principio de actualización de las deudas de dinero: el importe adeudado habrá de revalorizarse a la fecha de pago y, en su caso, a la de la liquidación»[99]. El reintegro es sobre al importe actualizado cuando se liquide la sociedad, no opera, como en el artículo 1359.II del Código civil, sobre el aumento de valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora.

Lo cierto es que, la operatividad de este derecho de reembolso se centra en lograr mantener un equilibrio entre las diferentes masas patrimoniales y evitar situaciones de enriquecimiento injusto, reembolsando al patrimonio del que han salido los fondos para la adquisición de bienes con un valor actualizado. Si bien, solo actúa entre masas privativas y la masa ganancial y viceversa, pero no entre patrimonios privativos. Asimismo, la obligación de reembolso no afecta a la calificación de los bienes que, se mantiene; por lo que solo se procede a reintegrar las correspondientes cantidades invertidas en la adquisición de los bienes al cónyuge que pago con dinero privativo un bien ganancial, o por el contrario, resulta acreedora la sociedad de gananciales al haberse abonado con fondos comunes bienes de naturaleza privativa[100].

Al respecto señalan GARDEAZÁBAL DEL RÍO y SÁNCHEZ GONZÁLEZ que los derechos de reembolso entre patrimonios «se concretan en la posibilidad de que existan desplazamientos patrimoniales o incrementos de valor a favor de alguno de los patrimonios conyugales en detrimento de otro u otros» y, añaden que «las razones que pueden dar lugar al desequilibrio patrimonial son de diversa naturaleza: porque se anticipa el pago de deudas que son carga de otro patrimonio; como consecuencia que, la regla general de la subrogación real queda modalizada en ocasiones por los preceptos legales o por la voluntad de los cónyuges; incluso en supuestos en que la actuación incorrecta de alguno de los cónyuges causa daño al patrimonio ganancial»[101].

Por su parte, REBOLLEDO VARELA precisa que se trata de «un crédito incorporable al activo (art. 1397.3) o pasivo (art. 1398.3) de la sociedad de gananciales según se corresponda, teniendo en cuenta que para la incorporación del crédito a favor de uno de los cónyuges en el pasivo se requiere la prueba de la inversión de fondos privativos en la adquisición de bienes comunes»[102].

En cuanto al momento de exigibilidad y pago, será cuando se liquide la sociedad de gananciales e, incluirlos en el activo o pasivo según los casos (arts. 1397.3 y 1398.3 del CC). Precisamente, el artículo 1403 del Código civil en sede de liquidación de la sociedad de gananciales dispone al efecto que, pagadas las deudas y cargas de la sociedad se abonarán las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge hasta donde alcance el caudal inventariado, haciendo las compensaciones que corresponda cuando el cónyuge sea deudor de la sociedad.

Ahora bien, resulta dudoso que, se pueda reclamar antes de la extinción del régimen y al margen de las operaciones liquidatorias, si atendemos a la dicción literal del artículo 1358 del Código civil, pues, precisamente, se trata de una operación liquidatoria[103]. No obstante, se ha defendido por una parte de la doctrina una interpretación amplia del citado precepto y la posibilidad que, los reembolsos se efectúen con anterioridad —reembolsos anticipados—, dado que se trata de deudas vencidas, aún no exigibles antes de la liquidación[104]. En todo caso, se indica que, los terceros acreedores consorciales pueden dirigirse contra todos los bienes gananciales para el cobro de sus créditos y que puedan exigir el reembolso antes de la disolución y liquidación del régimen económico por vía de acción subrogatoria (art. 1111 del CC).

Ahora bien, si se procediese al pago anticipadamente y de forma voluntaria por el cónyuge deudor y, al liquidar la sociedad de gananciales, los bienes no resultaren suficientes para abonar los créditos consorciales, el cónyuge no deudor que ha recibido anticipadamente el reintegro de las cantidades privativas con cargo al patrimonio ganancial, como precisa REBOLLEDO VARELA «responderá frente al tercero acreedor hasta el límite de lo percibido (arg. *ex* artículo 1401 del CC por analogía)»[105]. Ciertamente, el artículo 1403 del Código civil dispone que, antes de las indemnizaciones y reintegros debido a cada cónyuge y las compensaciones, se han de abonar los créditos consorcionales. Por lo que, en esta línea LACRUZ BERDEJO señala que, el citado artículo 1403 «puede servir para prevenir las consecuencias de la mayor proximidad de los cónyuges a los bienes comunes; que no llegando tales bienes para pagar todas las deudas, perciban ellos sus reembolsos dejando en la estacada a los acreedores externos. Pero prevenida esta consecuencia, no sería justo que se produjera la contraria»[106].

En todo caso, estamos, como señala SERRANO FERNÁNDEZ, ante una obligación legal y a plazo, pues habrá de satisfacerse al tiempo de la liquidación, además de una excepción al principio de subrogación legal[107].

Pues bien, en este contexto, el artículo 1358 del Código civil ha planteado en el seno de nuestras Audiencias Provinciales la controversia sobre si la operatividad del mismo procede cuando se haya hecho o no reserva del mismo. Así existen sentencias que se inclinan por no reconocer el derecho de reintegro o reembolso cuando no se había hecho reserva de tal derecho en el momento de la adquisición[108]; mientras otras mantienen un criterio totalmente distinto y reconocen el derecho de reembolso o reintegro, aunque no se hubiera hecho reserva, precisamente, del derecho a reclamar el dinero privativo aportado para la adquisición de un bien ganancial[109].

En esta última línea, se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 27 de mayo de 2019, que, como recordamos

realiza, además un análisis del artículo 1355 del Código civil en que se atribuye por ambos cónyuges la condición de gananciales a determinados bienes y, asimismo, se plantea si procede o no el derecho de reembolso, si se prueba que para la adquisición de aquellos se han empleado fondos privativos y, en consecuencia, el cónyuge titular del dinero tiene derecho a que se le reintegre el importe actualizado, aunque no hiciera reserva sobre la procedencia del dinero, ni sobre su derecho de reembolso. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, de 1 de septiembre de 2016, objeto de casación, razonaba lo siguiente «en el presente caso no es aplicable lo dispuesto en el artículo 1357 del Código civil y así como lo dispuesto en el artículo 1354 de dicho Código; y no es por lo tanto condominio entre la sociedad de gananciales y por el cónyuge que aporta dinero de carácter privativo; y ello debido a que los bienes objeto del presente litigio, vivienda familiar sita en Getafe, vivienda en Málaga y terreno rústico en Toledo, fueron comprados constante la sociedad de gananciales y el matrimonio con carácter ganancial, según resulta de la documentación aportada, y sin que tenga virtualidad alguna que se aportara dinero privativo por parte del cónyuge demandante; pues este por voluntad expresa, ante fedatario público, le dio tal carácter, sin declaración expresa de carácter privativo por aportación dineraria sin reserva alguna. Por lo expuesto, es aplicable lo dispuesto en el artículo 1355 del Código civil, al haber una voluntad del consorte de realizar a favor de la sociedad de gananciales, un desplazamiento patrimonial; sin que pueda ir ahora aprovechando la ruptura del matrimonio y la sociedad del régimen económico matrimonial, contra sus propios actos manifestados en su día acerca del carácter ganancial de los bienes comprados constante la sociedad de gananciales». El Tribunal Supremo, recordemos, estima el recurso de casación, y tras declarar el carácter ganancial de una finca acuerda el derecho de reintegro en favor del cónyuge que puso dinero privativo para el pago del precio. En relación con este derecho de reintegro señala que «la prueba del carácter privativo del dinero (que, frente a la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código civil, incumbe al que lo alegue) puede ser determinante del derecho de reembolso a favor del aportante (art. 1358 del CC). Cabe observar que la misma existencia del reembolso hace razonable la exigencia del consentimiento de ambos cónyuges para la atribución de ganancialidad de un bien que sería privativo, puesto que tal atribución hace nacer a favor de quien aportó los fondos un derecho de reembolso. El derecho de reembolso procede, por aplicación del artículo 1358 del Código civil, aunque no se hubiera hecho reserva alguna en el momento de adquisición. Ello por varias razones: en nuestro ordenamiento la donación no se presume, por lo que el reembolso que prevé el artículo 1358 del Código civil para equilibrar los desplazamientos entre las masas patrimoniales procede siempre que no se excluya expresamente; el acuerdo de los cónyuges para atribuir la ganancialidad del bien no convierte en ganancial al dinero empleado para su adquisición y genera un crédito «por el valor satisfecho» (art. 1358 del CC); la adquisición de los bienes comunes es «de cargo» de la sociedad de gananciales (art. 1362.2 del CC)». Por lo que la aplicación de lo anterior al caso litigioso, la Sala indica que «(…) c) Respecto del piso de Getafe consta que el 16 de abril de 1991, el marido, haciendo constar que estaba casado (el matrimonio se celebró el 22 de diciembre de 1990), y en su condición de «cooperativista adjudicatario», suscribió un documento privado de compra del inmueble con la constructora. En el mismo documento, se hacía mención a la posterior ejecución y entrega de la vivienda y al otorgamiento de la futura escritura pública. Según se desprende de las afirmaciones de la esposa, la escritura se otorgó por ambos cónyuges

declarando el carácter ganancial del inmueble, lo que no ha sido negado por el marido. Ambas partes están de acuerdo y resulta de la documental aportada que, el marido vendió después de casado un piso ubicado en Madrid y del que era propietario antes de casarse. Sin embargo, las partes discrepan por lo que se refiere a la cuantía del dinero que aportó el marido para pagar el piso de Getafe. De la documental aportada resulta que el marido vendió su vivienda en Madrid en documento privado el 22 de marzo de 1991 (elevado a público el 30 de abril de 1991) por un importe de siete millones de pesetas. El marido alega que utilizó los siete millones para pagar el piso de Getafe y el resto fue pagado con cargo a un préstamo que fue reintegrado por la sociedad de gananciales. En sus escritos, la esposa alega que el único pago realizado con dinero privativo corresponde a la cantidad que, según el documento privado de 22 de marzo de 1991, desembolsaba el cooperativista, por un importe de seis millones quinientas mil pesetas, mientras el resto del precio, impuestos incluidos, se habría abonado con dinero ganancial.

A partir de estos datos, hay que concluir que el piso de Getafe es ganancial. Ello, tanto si se entiende que la adquisición se produjo de manera conjunta en el momento del otorgamiento de la escritura, como si se considera que la adquisición se produjo inicialmente solo por el marido al suscribir el documento privado en su condición de adjudicatario cooperativista. En el primer caso porque la ganancialidad por voluntad de los cónyuges prevalece sobre la cotitularidad que resultaría de la aplicación del artículo 1354 del Código civil. En el segundo caso, porque, aunque el marido realizó un primer desembolso privativo, la atribución conjunta de ganancialidad realizada por ambos esposos al otorgar la escritura había desplazado la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1356 del Código civil.

Partiendo del carácter ganancial del piso hay que determinar la procedencia del reembolso a favor del marido por el importe del dinero privativo invertido en la adquisición del piso. Puesto que no ha quedado acreditado que el padre de la esposa realizara reformas como obsequio a la misma, no es preciso analizar si ello daría lugar a una suerte de compensación.

Se considera acreditado el pago por el marido de siete millones de pesetas, tanto a la vista de la documental aportada, de la que resultan justificados los pagos que realizó en los dos días siguientes a la venta de su piso privativo a la constructora que vendía el piso de Getafe, como a partir de las declaraciones de la propia esposa que, en el juicio reconoció que el marido aplicó la totalidad del importe de la venta de su casa para la compra de la nueva vivienda».

En definitiva, como resumen de todo lo anterior, indica que «en primer lugar, frente al criterio de la sentencia recurrida, esta Sala considera que cuando adquiere un bien uno solo de los cónyuges con su dinero privativo, aunque declare adquirir para la sociedad, es el no adquirente interesado en que se califique el bien como ganancial quien deberá probar la existencia del acuerdo. Ello en atención a que el artículo 1355 del Código civil exige el «común acuerdo» de los cónyuges para atribuir carácter ganancial a un bien adquirido a título oneroso durante la vigencia de la sociedad, con independencia del origen de los fondos y solo presume la voluntad común en casos de adquisición conjunta sin atribución de cuotas.

En segundo lugar, esta Sala considera que cuando los cónyuges atribuyen de común acuerdo carácter ganancial a bienes adquiridos con dinero privativo de uno de ellos (o con dinero en parte privativo y en parte ganancial), la prueba del carácter privativo del dinero no es irrelevante, pues determina un derecho de reembolso a favor del aportante aunque no haya hecho reserva en el momento de la adquisición (art. 1358 del CC)».

Por ello, procede, como hemos señalado, casar parcialmente la sentencia recurrida que, al considerar que todos los bienes adquiridos durante el matrimonio son gananciales por haberlo manifestado el marido y, negar toda virtualidad al origen privativo del dinero, resulta contraria a la interpretación correcta de los artículos 1355 y 1358 del Código civil[110].

Esta doctrina fijada ha venido a ser confirmada por la Sentencia de este mismo Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 11 de julio de 2019[111] que, tras plantear como cuestión jurídica, si, no obstante, el carácter ganancial del bien, por haberlo manifestado así expresamente ambos cónyuges en el momento de adquisición, conserva el cónyuge que ha aportado dinero privativo para su adquisición un derecho de crédito frente a la sociedad de gananciales por el importe actualizado de la cantidad correspondiente, resuelve el recurso de casación argumentando que: «(…) pese a que el recurso se formula por existir jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales, esta Sala ya ha sentado doctrina sobre la materia en Sentencia núm. 498/2017, de 13 de septiembre y, más recientemente en la dictada por el Pleno núm. 295/2019, de 27 de mayo, a la que se remite en tanto que dichas resoluciones ya se pronuncian sobre el interés casacional ahora manifestado. La primera de dichas sentencias, la de 13 de septiembre de 2017 dice: «(…) dicha norma (art. 1355 del CC) en efecto, no resulta de aplicación al caso planteado. Según dispone el citado artículo, podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga. No se trata aquí de tal atribución de ganancialidad, sino de la aportación por uno de los cónyuges —en este caso el esposo— de dinero privativo para la adquisición de la vivienda familiar, la cual tiene carácter ganancial en este caso. Por tanto, la norma que resulta aplicable —según la cual ha resuelto sin citarla, la sentencia impugnada— es la del artículo 1398.3 a) del Código civil, según la cual se integra en el pasivo de la sociedad de gananciales «el importe actualizado de las cantidades que, habiendo sido pagadas por uno solo de los cónyuges, fueran de cargo de la sociedad y, en general, las que constituyan créditos de los cónyuges contra la sociedad». Es esta la situación creada ya que consta, según declara probado la Audiencia, que el esposo pagó con dinero privativo la cantidad a que se refiere la sentencia para amortización del préstamo hipotecario que gravaba el inmueble ganancial, haciendo frente de ese modo con dinero propio a una deuda ganancial, por lo que surgió desde entonces el crédito a su favor contra la sociedad de gananciales que ahora debe integrarse en el pasivo de la misma (…)». Por su parte, la Sentencia del Pleno de 27 de mayo de 2019 establece expresamente (fundamento tercero) que: «(…) esta Sala considera que, cuando los cónyuges atribuyen de común acuerdo carácter ganancial a bienes adquiridos con dinero privativo de uno de ellos (o con dinero en parte privativo y en parte ganancial), la prueba del carácter privativo del dinero no es irrelevante, pues determina un derecho de reembolso a favor del aportante, aunque no haya hecho reserva en el momento de adquisición (art. 1358)».

Por lo que estima el recurso, casa la sentencia recurrida y confirma la dictada por el juzgado de primera instancia, reconociendo a tal efecto un derecho de reintegro a favor del cónyuge que aportó dinero privativo para la adquisición de un inmueble ganancial.

De nuevo, como hemos señalado esta doctrina jurisprudencial se ha reiterado en las Sentencias de 6 de febrero de 2020[112] argumentando que «(…) esta Sala, con posterioridad a la interposición del recurso de casación ha sentado doctrina

sobre la cuestión jurídica que se plantea. La Sentencia del Pleno 295/2019, de 27 de mayo, seguida por la Sentencia 415/2019, de 11 de julio, sentó como doctrina que el derecho de reembolso procede, por aplicación del artículo 1358 del Código civil, aunque no se hubiera hecho reserva alguna en el momento de la adquisición. Esta doctrina tiene en cuenta que en nuestro ordenamiento la donación no se presume, por lo que el reembolso prevé el artículo 1358 del Código civil para equilibrar los desplazamientos entre las masas patrimoniales procede siempre que no se excluya expresamente. La atribución del carácter ganancial al bien no convierte en ganancial al dinero empleado para su adquisición y genera un crédito por «el valor satisfecho» que es exigible en el momento de la liquidación, si no se ha hecho efectivo con anterioridad (arts. 1358 y 1398.3 del CC). (…) En consecuencia, tal y como declaró la sentencia de primera instancia, procede declarar que debe incluirse en el pasivo de la sociedad de gananciales un crédito a favor de Dª Eva María por el importe actualizado del precio pagado en la adquisición de la vivienda. Por ello, debemos estimar el recurso de casación y casar la sentencia recurrida»; en la de 12 de febrero de 2020 que manifiesta al respecto que: «(…) con todo, la razón por la que la Audiencia declara que el inmueble es ganancial no está en función de la naturaleza de los fondos, sino de la voluntad de ambos cónyuges de atribuir al bien tal carácter, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1355 del Código civil. Como dijimos en la Sentencia 295/2019, de 27 de mayo, el artículo 1355 del Código civil permite que los cónyuges atribuyan de común acuerdo carácter ganancial a un bien adquirido a título oneroso durante la vigencia de la sociedad de gananciales con independencia de los fondos utilizados para su adquisición. También, por tanto, pueden atribuir carácter ganancial en su totalidad a bienes adquiridos mediante precio en parte ganancial y en parte privativo (art. 1354 del CC precepto aplicado por el juzgado en el presente caso, en atención a la remisión que al mismo hace el art. 1357 del CC para el caso de compra a plazos por uno de los cónyuges de la vivienda y ajuar familiares antes de comenzar la sociedad). En virtud del artículo 1355 del Código civil la naturaleza ganancial del bien deriva del común acuerdo de los cónyuges, es decir, del consentimiento de ambos. La norma, además, permite presumir la voluntad favorable de los cónyuges al carácter ganancial de los bienes cuando adquieren conjuntamente y sin atribución de cuotas. La peculiaridad del presente caso es que los cónyuges otorgaron conjuntamente escritura pública de compraventa después de casado y baja la vigencia del régimen de gananciales sin hacer referencia alguna al documento privado de compra otorgado por la esposa con anterioridad a la celebración del primer matrimonio. La esposa no ha ofrecido ninguna explicación acerca de por qué en 1995 ambos esposos otorgaron la escritura pública declarando que compraban conjuntamente y se limita a argumentar que el precio lo ha pagado ella en su integridad. En atención a lo anterior, a pesar de que literalmente el artículo 1355 del Código civil se refiere a la adquisición a título oneroso «durante el matrimonio» debe tenerse en cuenta que, dada la amplitud con la que el artículo 1323 del Código civil admite la libertad de pactos entre cónyuges, ampara los desplazamientos patrimoniales entre el patrimonio privativo y ganancial y, en consecuencia, ampara que de mutuo acuerdo los cónyuges atribuyan la condición de ganancial tanto a un bien privativo como a un bien en parte ganancial y en parte privativo. En consecuencia, con apoyo en el artículo 1323 del Código civil, la calificación del inmueble como ganancial realizada por la sentencia recurrida debe mantenerse pues, aunque la parte recurrente pudiera llevar razón sobre la improcedencia de la aplicación del artículo 1355 del Código civil, tal apreciación carece de lo

que en numerosas resoluciones hemos dado en llamar efecto útil, dado que la calificación de ganancial procedería igualmente. La inclusión en el activo del piso litigioso debe ir acompañada, sin embargo, del reconocimiento de un crédito a favor de la esposa por el importe actualizado del dinero privativo empleado en su adquisición, puesto que no consta que renunciara al mismo. Ello por cuanto el reembolso, que el Código civil asocia de manera natural al empleo de fondos privativos para la adquisición de bienes gananciales (o de fondos gananciales para la adquisición de bienes privativos), procede siempre que no se excluya expresamente con el fin de equilibrar los desplazamientos entre las masas patrimoniales. Así resulta de la doctrina de esta Sala recogida en la Sentencia del Pleno 295/2019, de 27 de mayo y seguida con posterioridad por otras, como la Sentencia 415/2019, de 11 de julio. En el caso, en consecuencia, procede que en el inventario de liquidación de la sociedad de gananciales se reconozca a favor de la Sra. María Dolores un crédito por el importe actualizado de las cantidades por ella satisfechas para la compra del inmueble litigiosos con anterioridad a la celebración del matrimonio el 11 de septiembre de 1982 así como las satisfechas después de las capitulaciones de separación de bienes otorgadas el 25 de agosto de 1983 y hasta la celebración del nuevo matrimonio el 10 de febrero de 1989»; y, en la de 2 de marzo de 2020[113] que, asimismo, dispone: «(…) esta Sala, con posterioridad a la interposición del recurso de casación, ha sentado doctrina sobre la cuestión jurídica que se plantea. La Sentencia del Pleno 295/2019, de 27 de mayo, seguida por la Sentencia 415/2019, de 11 de julio, sentó como doctrina que el derecho de reembolso procede, por aplicación del artículo 1358 del Código civil, aunque no se hubiera hecho reserva alguna en el momento de la adquisición. Esta doctrina establece que el reembolso que prevé el artículo 1358 del Código civil para equilibrar los desplazamientos entre las masas patrimoniales procede siempre que no se excluye tal derecho de reembolso expresamente. La atribución del carácter ganancial al bien no convierte en ganancial al dinero empleado para su adquisición y genera un crédito por «el valor satisfecho» que es exigible en el momento de la liquidación si no se ha hecho efectivo con anterioridad (arts. 1358 y 1398.3 del CC). La aplicación de la anterior doctrina determina que debamos estimar el recurso de casación. En el caso debemos partir, por haber quedado fijado en la instancia, y no ser objeto de recurso de casación que debe resolver esta Sala, tanto del carácter ganancial del 50% de cada uno de los inmuebles como del carácter privativo de la esposa del dinero empleado en su adquisición. En consecuencia, tal y como entendió la sentencia de primera instancia procede declarar que debe incluirse en el pasivo de la sociedad de gananciales un crédito a favor de Dª. Rosa por el importe actualizado de las aportaciones que realizó para la adquisición del 50% de ambos inmuebles.

Recientemente, en la Sentencia de 1 de junio de 2020, partiendo del hecho probado que el dinero ingresado por la madre de la esposa en una cuenta en la que aparecían como titulares ambos esposos no fue una donación conjunta y que la voluntad era donar el dinero únicamente a su hija y, en consecuencia, de la naturaleza privativa del dinero; precisamente, lo que se discute por las partes en la instancia es, si en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, la esposa tiene un derecho de crédito que le permite recuperar el dinero privativo que se confundió con el dinero poseído conjuntamente y que según refieren ambas partes se ha destinado a atender gastos y pagos de la sociedad de gananciales. Tras afirmar que este derecho de reembolso se fundamenta en diversos preceptos legales —artículos 1319, 1364 y 1398.2 y 3 del Código civil—, y remitirse a la doctrina fijada en la Sentencia del Pleno de 27 de mayo de 2019, señala la Sala

que, cuando la sentencia recurrida afirma que no procede reconocer un crédito a favor del cónyuge que ingresa dinero privativo en una cuenta conjunta y que se confunde con el dinero ganancial porque no se reservó el derecho de repetición, es contraria a la doctrina de esta Sala y debe ser casada.

Atendiendo a lo expuesto, procede indicar que, el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de mayo de 2019, al que han seguido otras resoluciones posteriores de este mismo Alto Tribunal, se ha decantado por la existencia de un derecho de reintegro a favor del cónyuge que aportó dinero privativo para la adquisición de un bien ganancial, aunque en el momento de la compra no se hiciera reserva; por lo que, conviene precisar que, el carácter ganancial de los bienes adquiridos por propia voluntad de los cónyuges (art. 1355 del CC), no pierde tal carácter se haya hecho o no manifestación en la escritura pública de venta sobre la reserva o condición del carácter privativo de los fondos empleados, o en su defecto, de la operatividad del derecho de reembolso conforme el artículo 1358 del Código civil. Pues recordemos, el citado artículo 1355 del Código civil permite que los cónyuges de común acuerdo, puedan atribuir el carácter ganancial a cualquier bien adquirido a título oneroso durante el matrimonio, aunque dicho bien pudiera resultar privativo por la procedencia de los fondos empleados en su adquisición y ello quiere decir que, el bien al que se ha atribuido voluntariamente la condición de gananciali dad, lo va a ser de manera definitiva, siendo irrelevante cualquier manifestación posterior del carácter privativo del dinero empleado en su adquisición.

En todo caso, este derecho de reembolso opera como instrumento equilibrador de los desplazamientos entre masas patrimoniales y procede siempre que no se haya excluido expresamente o se haya renunciado al mismo por quien puede ejercitarlo[114]. Se genera un crédito por «el valor satisfecho» que exigible en el momento de la liquidación, si no se ha hecho efectivo con anterioridad (arts. 1358 y 1398.3.ª del CC). De todas formas, conviene precisar que, la atribución del carácter ganancial del bien no convierte en ganancial el dinero empleado para su adquisición; de ahí la operatividad del derecho de reembolso.

V. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES. EL PASIVO

Los artículos 1392 y 1393 del Código civil enumeran las causas de extinción de la sociedad de gananciales, distinguiendo entre las causas que operan automáticamente y, las que necesitan de la solicitud de uno de los cónyuges y resolución judicial. Así la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho —causas de extinción automática—: 1. La disolución del matrimonio; 2. La declaración de nulidad del matrimonio; 3. La separación legal de los cónyuges[115]; 4. Los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código (art. 1392). En todo caso, la sentencia o el decreto que declare la separación, nulidad o el divorcio ha de ser firme. Si se trata de divorcio o separación notarial, la escritura pública que formalice el convenio regulador producirá respecto de los bienes del matrimonio, la disolución o extinción del régimen económico matrimonial (art. 95 del CC). Asimismo, podrá disolverse y liquidarse la sociedad de gananciales, si los cónyuges acuerdan en capitulaciones matrimoniales modificar el régimen económico matrimonial.

También concluirá la sociedad de gananciales por petición de uno de los cónyuges y resolución judicial en alguno de los supuestos siguientes: 1. Cuando

el otro cónyuge ha sido incapacitado judicialmente, declarado pródigo, ausente o en concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia. De todas formas, la administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales se podrá transferir por ministerio de la ley al cónyuge que sea tutor o representante legal de su cónyuge (art. 1388 del CC); y cuando uno de los cónyuges se encuentre en la imposibilidad de prestar el consentimiento —incapacitación judicial, declaración de prodigalidad y ausencia— o abandono de familia o existiese separación de hecho, los tribunales podrán conferir al otro la administración del patrimonio común (art. 1389 del CC); 2. Cuando el otro cónyuge venga realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañe fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad; 3. Llevar separado de hecho más de un año por mutuo acuerdo o por abandono del hogar; 4. Cuando se produzca un incumplimiento grave y reiterado del deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas; 5. Ante el embargo de bienes gananciales para hacer frente a las deudas privativas de uno de los cónyuges, el otro cónyuge solicite que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostente el cónyuge deudor en la sociedad conyugal tal como prevén los artículos 1373 y 1374 del Código civil y, asimismo, el artículo 541.3 de la LEC (art. 1393 del CC). Ahora bien en estos casos los efectos de la disolución se producirán desde la fecha que en la acuerde el juez, pero «*de seguirse pleito sobre la concurrencia de la causa de disolución, iniciada la tramitación del mismo, se practicará inventario, y el juez adoptará las medidas necesarias para la administración del caudal, requiriéndose licencia judicial para todos los actos que excedan de la administración ordinaria*» (art. 1394 del CC).

En todo caso, en relación con la inclusión en la masa activa del concurso de los bienes comunes cuando deban responder de las deudas del concursado, el artículo 125 del Texto Refundido de la Ley Concursal prevé el derecho a solicitar el cónyuge del concursado la disolución de la sociedad de gananciales. Lo que supone una causa más de disolución fuera de las legalmente previstas en el Código civil[116].

1. La separación de hecho como causa de disolución de la sociedad de gananciales

Por su parte, respecto a la disolución de la sociedad de gananciales por separación de hecho nos parece oportuno señalar que, es posible que los cónyuges simplemente decidan suspender temporalmente su vida en común —separación de cuerpos—, con la idea de concederse un tiempo para decidir en su situación personal y patrimonial futura, o bien, pensando en una posible reanudación de la vida en común, o, simplemente, en una protección de los hijos menores de edad evitándoles las consecuencias que se derivan de una ruptura definitiva. Ahora bien, en este caso, la separación de hecho puede ser solamente personal, o también patrimonial, siendo, por tanto, más efectiva y definitiva, cuando se opera sobre ambas esferas —personal y económica—. Ciertamente, ha existido una sólida corriente jurisprudencial que, señala que «la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia mantenida entre los cónyuges», con lo que se viene a mitigar el rigor literal del artículo 1393.3 del Código civil y ello al objeto de adaptarlo a la realidad social y al principio de la buena fe. Así es la separación de hecho la que determina por exclusión de la convivencia conyugal que, los cónyuges pierdan sus derechos a reclamar como gananciales bienes adquiridos por estos después del cese

efectivo de la convivencia, siempre que ello obedezca a una separación fáctica (no a una interrupción de la convivencia) seria, prolongada y demostrada por los actos subsiguientes de formalización judicial de la separación y siempre que los referidos bienes se hayan adquirido con caudales propios o generados con su trabajo o industria a partir del cese de aquella convivencia. Entenderlo de otro modo, para esta corriente jurisprudencial, significaría un acto contrario a la buena fe, con manifiesto abuso del derecho, al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos. Esto no obsta, añade, para considerar persistente la naturaleza ganancial de los bienes que tuvieran la condición de gananciales antes del inicio de la separación de hecho, cuando la sociedad estaba fundada en la convivencia[117]. Ciertamente, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de abril de 2000[118] «esta doctrina jurisprudencial correctora de la literalidad del número 3 del artículo 1392 del Código civil requiere, como elemento indispensable, de una inequívoca voluntad de poner fin, con la separación de hecho, al régimen económico matrimonial». En igual sentido, se pronuncia la Sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 23 de febrero de 2007[119] indicando al respecto que «la orientación jurisprudencial referida no puede ser mitigada ni condicionada, tal y como pretende la recurrente, en función de la duración del periodo de separación de hecho previo a la adquisición de los bienes en cuestión, siendo el único dato determinante (…) la efectiva e inequívoca voluntad de romper la convivencia conyugal, extremo este sobradamente acreditado en autos, según considero el tribunal *a quo,* resultando tales conclusiones fácticas inmunes en esta sede». Asimismo, recuerda que «la separación de hecho operada fue radical, hasta el extremo de iniciar cada cónyuge la residencia en países diferentes, sin que, según resultado de la prueba de confesión de la actora, se volviese a reanudar la convivencia, rompiendo incluso, pese a la existencia de un hijo en común, cualquier tipo de comunicación. Significativo a este respecto resulta también el hecho que en la muy posterior demanda de separación judicial ninguna referencia hiciese la hoy recurrente al inmueble en cuestión».

Sobre tales bases, la línea jurisprudencial mencionada parte de que, el principal fundamento de la sociedad de gananciales es la convivencia conyugal, por lo que su ausencia en el tiempo y la definitiva ruptura patrimonial acreditada, justifica la extinción del régimen económico de gananciales sin necesidad de resolución judicial; lo que no concurre en el caso resuelto por la citada Sentencia de 26 de abril de 2000, pues la interrupción de la convivencia entre la actora y su esposo no afectó a la cotitularidad de ambos sobre las acciones de la sociedad Ronar, por lo que, pese a la separación de hecho de más de ocho años, podría considerarse vigente la sociedad de gananciales y atribuir carácter ganancial a los bienes adquiridos por cualquiera de los esposos para destinarlo a la actividad que constituía el objeto social de aquella entidad, siendo compatible la interrupción de las relaciones personales entre cónyuges con el mantenimiento del régimen económico matrimonial. Además, esa voluntad de poner fin al régimen matrimonial «no se dio en el caso de la actora-recurrida y su esposo, pues resulta con toda claridad de los hechos probados, porque sí después de su separación de hecho ambos constituyeron, con otro matrimonio, una sociedad anónima para la explotación de máquinas recreativas y la posterior adquisición de las dos naves fue de cada uno de los dos matrimonio, en modo alguno cabe apreciar esa voluntad inequívoca de poner fin al régimen económico matrimonial que, previa a la adquisición y unida a la separación de hecho, habría podido determinar que la nave adquirida por documento privado el 18 de febrero de 1987,

figurando como vendedora la compañía «SA de Construcciones Pentasa 2» y como compradores don Juan José R.F., esposo de la demandante y don Leonardo G.A., uno de los cónyuges del otro matrimonio asociado en la explotación de máquinas recreativas, quedará excluida del número 3 del artículo 1347 del Código civil, cuya infracción, por tanto, no puede imputarse a la sentencia recurrida, como tampoco la del artículo 1361 del mismo Código».

Por lo que, la falta de convivencia conyugal durante un prolongado lapso temporal y la ruptura personal y patrimonial constituyen para esta corriente jurisprudencial base suficiente para considerar disuelta la sociedad de gananciales por tal separación de hecho, sin necesidad que, medie resolución judicial al respecto. En todo caso, para MESSÍA DE LA CERDA «se trata de una interpretación eminentemente conceptual que, pretende ahondar en la esencia de la comunidad que constituye la sociedad de gananciales para sustentar la admisión de la mera separación de hecho como determinante de su disolución»[120].

En este contexto, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de mayo de 2015[121], no obstante, matiza la interpretación jurisprudencial expuesta respecto a la interpretación del artículo 1393.3 del Código civil y por ende, del alcance de la separación de hecho de los cónyuges como causa de disolución del régimen de la sociedad de gananciales. Todo ello en relación a un procedimiento de división judicial de la herencia del marido. Así, comienza por hacerse eco de la doctrina fijada en las Sentencias de esta Sala de 24 de abril de 1999, de 23 de febrero de 2007 y de 21 de febrero de 2008, las cuales establecen que la separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida entre cónyuges, teniendo desde ese momento la condición de bienes privativos a aquellos adquiridos a costa del trabajo exclusivo de uno de los cónyuges separados; asimismo, alude a la interpretación flexible del citado artículo 1393.3 del Código civil que, ha hecho esta Sala, mitigando con ello el rigor de su interpretación literal en aquellos supuestos en donde se había producido una definitiva y prolongada ruptura de la convivencia conyugal. De forma que, según esta doctrina jurisprudencial, con la libre separación de hecho se quiebra el fundamento consorcial que anida en el lucro común de los gananciales y que solo se justifica en función de una lógica comunidad de vida. Del mismo modo que, para la citada doctrina, entender la libre separación de otro modo, esto es, contrariamente al reconocimiento del propio hecho de la separación puede constituir un acto contrario a la buena fe, con manifiesto abuso del derecho, al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos. En suma, indica que, acreditada una ruptura seria y prolongada de la relación conyugal no se exige, por innecesario, el requisito previo de la declaración judicial para declarar extinguida la sociedad de gananciales.

A continuación procede a matizar la doctrina jurisprudencial expuesta al entender que «tampoco puede aplicarse tal y como pretende la recurrente, de un modo dogmático o absoluto, desprovista del necesario análisis de las circunstancias del caso y del respeto al fundamento último que informa la norma. Entenderlo de esta forma sería, a su vez, incurrir en el defecto que se ha pretendido corregir, por lo que la interpretación rigorista o literal seguiría existiendo solo que, cambiando la norma pro una doctrina jurisprudencial rígida al respeto. Cuestión que comportaría, entre otros extremos, una injustificada aplicación de esta doctrina en aquellos supuestos en que pese a existir una separación de hecho, no obstante, no hay o no se consta, una voluntad efectiva e inequívoca de romper la relación conyugal a estos efectos, bien por razones de índole económica, o bien por razones afectivas».

En esta resolución, aunque no se rechaza la doctrina jurisprudencial anterior, si matiza su aplicación, obviando una interpretación rigorista o absoluta y remitiendo por ello al análisis de las circunstancias de caso. Así, para esta sentencia de 2015 la separación de hecho operaría como causa de extinción de la sociedad de gananciales en aquellos supuestos en que existiese una voluntad inequívoca y efectiva de ruptura de la relación conyugal tanto personal como económica prologada en el tiempo, sin la exigencia de resolución judicial. En consecuencia, estaríamos ante una interpretación flexible de lo dispuesto en el artículo 1393.3 del Código civil; de forma que, la exigencia de resolución judicial quedaría solo para el supuesto legal previsto en la citada norma de separación de hecho más de un año, por mutuo acuerdo o abandono de hogar.

En esta última línea, se ha vuelto pronunciar el Alto Tribunal en tres Sentencias, de 28 de mayo de 2019[122]; de 27 de septiembre de 2019[123]; y, de 2 de marzo de 2020[124]. En relación con la primera, en la que se resuelve un recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, de 18 de julio de 2016 que, confirmó la sentencia de primera instancia, en la que se afirmaba que procede retrotraer los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales al dictado de auto de medidas provisionales en virtud de los efectos del cese de la convivencia. Tras aplicar el régimen contenido en diversos preceptos del Código civil tales como: el artículo 1392.1 que proclama la conclusión de pleno derecho de la sociedad de gananciales tras la disolución del vínculo matrimonial; el artículo 95 en cuanto a los efectos de la sentencia firme de divorcio en relación con la disolución del régimen económico matrimonial; el artículo 103.4.ª y artículo 773 LEC que contempla la posibilidad que una vez admitida la demanda el juez adopte las medidas de administración y disposición sobre los bienes gananciales, incluidos «los que adquieran en lo sucesivo», lo que presupone que el régimen no se ha extinguido; y el artículo 102 que contempla como efecto de la admisión de la demanda la revocación de los consentimientos y poderes otorgados. Señala que, no se establece como efecto de la admisión de la demanda la extinción del régimen económico, ni la suspensión del mismo durante la tramitación del procedimiento, ni tampoco prevé la ley la retroacción de los efectos de la sentencia una vez dictada; y, asimismo viene a coincidir con la Sentencia de 6 de mayo de 2015 que, la doctrina de esta Sala fijada en anteriores resoluciones —cuando media una separación de hecho seria y prolongada en el tiempo no se integran en la comunidad bienes que, conforme a las reglas del régimen económico serían gananciales— no puede aplicarse de un modo dogmático y absoluto, sino que requiere un análisis de las circunstancias del caso. Por lo que, entiende que, es lógico que, así sea porque, frente a los preceptos que establecen que la sociedad de gananciales subsiste a pesar de la separación de hecho (arts. 1393.3, 1368 y 1388 del CC) solo cabe rechazar la pretensión del cónyuge que reclama derechos sobre los bienes a cuya adquisición no ha contribuido cuando se trate de un ejercicio abusivo del derecho contrario a la buena fe (art. 7 del CC).

Por todo lo anterior, considera esta Sala que, la sentencia recurrida debe ser casada en el sentido de modificar su pronunciamiento referido a la fecha en que se produjo la disolución de gananciales y a los efectos de proceder a su liquidación, fijar como momento en el que concluyó la sociedad de gananciales de los litigantes el de la fecha en que se decretó el divorcio por sentencia firme, de conformidad con lo previsto en los artículos 95 y 1392 del Código civil y artículo 774.5 de la LEC. De forma que, la separación duradera mutuamente consentida a la que se refiere la doctrina de la Sala para rechazar pretensiones abusivas de un cónyuge,

matizando el tenor literal del artículo 1393.3 del Código civil, no es la que deriva de la situación que se crea tras la admisión de la demanda de divorcio (art. 102 del CC), ni con el dictado de las consiguientes medidas provisionales (arts. 103 del CC y 773 de la LEC), además la duración del proceso judicial desde que se admite la demanda o se dictan medidas provisionales hasta que hay sentencia firme es ajena a la voluntad de las partes. Esa dilación no puede ser, en consecuencia, la razón por la que se amplíe la doctrina jurisprudencial sobre la separación de hecho, basada en el rechazo del ejercicio de un derecho contrario a la buena fe con manifiesto abuso del derecho.

Se rechaza en esta resolución que, la mera separación de hecho determine la disolución del régimen, pues los artículos 1393.3 y 1394 del Código civil parten del hecho que, legalmente si la separación dura más de un año, se permite a cualquiera de los cónyuges solicitar su extinción que, solo será efectiva cuando se dicte la correspondiente resolución. A tal fin se fija como momento en que se concluye la sociedad de gananciales de los litigantes el de la fecha en que se decretó el divorcio por sentencia firme y no el auto de medidas provisionales, momento en que se declara la separación provisional, el cese de la convivencia y los efectos relativos a la revocación de poderes. De todas formas, añade que, aunque la jurisprudencia de esta Sala ha admitido que, cuando media separación de hecho seria y prolongada en el tiempo no se integra en la comunidad bienes que, conforme a las reglas del régimen económico serían gananciales, en especial cuando se trata de bienes adquiridos con el propio trabajo e industria de cada uno de los cónyuges y sin aportación del otro; ciertamente, esta doctrina no puede aplicarse de un modo absoluto y dogmático, sino que se requiere un análisis de las circunstancias del caso. Por lo que, frente a los preceptos que establecen que la sociedad de gananciales subsiste a pesar de la separación de hecho, en todo caso el rechazo a la pretensión del cónyuge que reclama la ganancialidad de los bienes después de la separación de hecho cuando no ha contribuido a su adquisición, solo puede tener lugar cuando se demuestre que, se trata de un ejercicio abusivo del derecho contrario a la buena fe (art. 7 del CC), esto es que, actúa de mala fe.

En todo caso, si bien, es cierta la duración del proceso judicial desde que se admite la demanda o se dictan medidas provisionales hasta que hay sentencia firme es ajena a la voluntad de las partes, tampoco se puede negar que, con tales actos procesales existe una voluntad de los cónyuges de actuar por separado tanto en el ámbito personal como en el patrimonial; y, aunque, como señala la sentencia, esa dilación no puede ser, la razón por la que se amplíe la doctrina jurisprudencia sobre la separación de hecho, si debería tener algún efecto o consideración, atendiendo a las circunstancias caso, en aras de una cierta flexibilización[125].

En la Sentencia de 27 de septiembre de 2019 en un supuesto también de disolución del régimen económico, se reitera la doctrina fijada en la anterior resolución, al entender que aquella también tiene lugar cuando se decreta la sentencia firme de divorcio. Confirma la regulación legal existente en relación con la materia en los mismos términos que, la anterior sentencia y, hace referencia, por un lado, al hecho que el legislador no ha considerado oportuno ni siquiera la admisión de la demanda de separación o divorcio tenga como efecto inmediato la extinción del régimen económico matrimonial y, si, por el contrario, suponga la revocación de los consentimientos y poderes otorgados; y, por otro, que solo cabe rechazar la pretensión del cónyuge que reclama derechos sobre bienes a cuya adquisición no ha contribuido cuando se trata de un ejercicio abusivo del derecho contrario a la buena fe. En el caso enjuiciado es cierto que, el abandono

del hogar por la esposa se produjo el 23 de marzo de 2016, sin que la misma solicitara judicialmente la extinción de la sociedad de gananciales, formulando demanda de divorcio el 18 de octubre siguiente, sin que se haya justificado que el esposo haya actuado faltando a las exigencia de la buena fe, como requiere la doctrina de esta Sala manifestada en la Sentencia número 297/2019 analizada.

En fin, en la Sentencia de 2 de marzo de 2020, después de aludir a las resoluciones citadas de 2015 y 2019 y a su doctrina que comparte, señala en esta línea que, no cabe fijar como fecha de disolución de la sociedad de gananciales el auto que otorgó la orden de protección dictada por el juzgado de violencia sobre la mujer que, incluía la prohibición de aproximación y comunicación del esposo con su mujer y que comprendía también la adopción de medidas en el orden civil que, fueron ratificadas después de la pretensión de la demanda de divorcio. Ello sobre la base que no existe ningún precepto legal que indique que las órdenes de protección impliquen la disolución del régimen económico matrimonial, ya que no se contempla en los artículos 95, 102 y 1392 y siguientes del Código civil. Además, manifiesta que, según establece el artículo 1397 del citado cuerpo legal deberán incluirse en el activo del inventario los bienes gananciales existentes en el momento de la disolución. En el supuesto de hecho, después de la orden de protección se había comprado algún bien por ambos cónyuges y realizado extracciones de dinero de las cuentas comunes para el pago de gastos comunes. Por lo que, la Sala estima el recurso de casación en contra de lo resuelto por las anteriores sentencias que, entendían que la sociedad de gananciales quedaba disuelta desde la orden de protección por suponer una separación de hecho definitiva y la pérdida del fundamento mismo de la sociedad de gananciales desde que se dictaba esa orden de protección. Por lo que, solo procede la disolución de la sociedad de gananciales desde la fecha de la sentencia firme de divorcio y no por el auto que otorgó la orden de protección.

Sobre tales bases, nuestro Tribunal Supremo ha evolucionado en relación con esta cuestión litigiosa desde una inicial consideración que, determina en primer lugar, que la separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que, se sustenta en la convivencia de los cónyuges y, en segundo lugar a que, precisamente, en aquellos supuestos en donde se ha producido una definitiva y prolongada ruptura de tal convivencia conyugal, resulta posible la disolución de la sociedad de gananciales sin necesidad de resolución judicial que la decrete; a fijar como doctrina consolidada en la resoluciones de 2015, de 2019 y 2020 por una parte, que esta interpretación flexible del artículo 1393.3 del Código civil no puede aplicarse de modo dogmático o absoluto desprovistas del necesario análisis de las circunstancias del caso y del respeto al fundamento último que informa a la norma; y, por otro, considerar que el momento en que concluye la sociedad de gananciales es el de la fecha en que se decretó el divorcio por sentencia firme y no el auto de medidas provisionales; y, asimismo que, el rechazo a la pretensión del cónyuge que reclama, pese a la separación de hecho, derechos sobre los bienes a cuya adquisición no ha contribuido —pretensión de ganancialidad—, tiene lugar solo cuando estemos ante un ejercicio abusivo del derecho por parte de aquel contrario a la buena fe.

2. Pasivo de la sociedad de gananciales. Derecho de reintegro o reembolso

En este contexto, extinguido el régimen de gananciales y hasta que no se liquide el patrimonio común, nos encontramos ante una comunidad postganan-

cial o postmatrimonial, de la que son titulares los *ex* cónyuges o el cónyuge superviviente y los herederos del cónyuge fallecido. Una comunidad postganacial cuya naturaleza también genera controversia, así mientras para unos constituye una comunidad ordinaria o de tipo romano y que no se rige por las reglas de la sociedad de gananciales[126], para otros tiene una naturaleza jurídica semejante a la comunidad hereditaria, esto es, «está a caballo entre la comunidad romana y la comunidad germánica: cada participe tiene una cuota independiente, homogénea y alienable sobre el conjunto, pero no sobre cada singular bien perteneciente a la comunidad»[127]; o se entiende que se trata de «una cotitularidad que presenta rasgos próximos a los de la comunidad romana (existencia de cuotas, disponibilidad de estas y atribución de la facultad de pedir la extinción de la comunidad), pero referida no a bienes y derechos concretos, sino a una masa patrimonial que está sujeta a un régimen jurídico conjunto y unitario»[128]; o, en fin, de un patrimonio colectivo o comunidad de bienes «formado por los bienes que fueron gananciales, cuya titularidad la ostentan los cónyuges, si la causa de disolución no es la muerte de uno de ellos, o el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto en otro caso»[129]. En todo caso, el artículo 1408 del Código civil regula un aspecto específico de tal comunidad postganancial al establecer que «*de la masa común de bienes se darán alimentos a los cónyuges o, en su caso, al sobreviviente y a los hijos mientras se haga la liquidación del caudal inventariado y hasta que se les entregue su haber; pero se les rebajarán de este en la parte que excedan de los que les hubiere correspondido en razón de frutos y rentas*».

Ahora bien, disuelta la comunidad de la sociedad, se ha de proceder a su liquidación que comprende una serie de operaciones reguladas en los artículos 1397 a 1409 del Código civil, comenzando con un inventario del activo y del pasivo de la sociedad, y continuando con el pago de las deudas, los reembolsos o reintegros e indemnizaciones a los patrimonios privativos, hasta la división y adjudicación de bienes del haber resultante de la sociedad de gananciales que, se dividirán por mitad entre los cónyuges o sus respectivos herederos.

Conforme el artículo 1398 del Código civil el pasivo estará integrado por las siguientes partidas: 1. Las deudas pendientes a cargo de la sociedad; 2. El importe actualizado del valor de los bienes privativos cuando su restitución deba hacerse en metálico por haber sido gastados en interés de la sociedad; 3. El importe actualizado de las cantidades que habiendo sido pagadas por uno solo de los cónyuges, fueran del cargo de la sociedad y, en general, las que constituyan créditos de los cónyuges contra la sociedad.

Sin ánimo de exhaustividad, por razones de espacio, nos vamos a referir a algunas partidas del pasivo que, suponen créditos a favor de uno de los cónyuge y que generan un derecho de reintegro o reembolso a su favor que, solo se abonará, una vez pagadas las deudas y cargas de la sociedad, hasta donde alcance el caudal inventariado, haciendo, en todo caso, las compensaciones que corresponda cuando el cónyuge sea deudor de la sociedad (art. 1403 del CC)[130].

Así el cónyuge que solicite un derecho de reembolso o reintegro deberá probar que dinero privativo —que puede provenir de una venta privativa— se invirtió en la compra de bienes gananciales o en el sostenimiento de las cargas familiares o pago de deudas comunes, igualmente, quien sostenga el carácter privativo de un bien adquirido a título oneroso, deberá probar la existencia de dinero privativo y que este se invirtió en la compra de bienes gananciales para obtener el correspondiente derecho de reembolso[131]. Este dinero privativo puede proceder de la venta de un inmueble privativo que, se ingresa en una cuenta corriente ganancial o privativa. En el primer caso, se deberá probar el *iter* u origen privativo del

dinero y, por ende, la naturaleza privativa del mismo, ingresado en tal cuenta ganancial para que opere el derecho de reembolso o reintegro[132]. En el segundo supuesto, si se ingresa en una cuenta privativa y se destina a la adquisición de un bien ganancial, cabe un derecho de reembolso a favor del cónyuge titular del dinero y forma parte tal derecho de reembolso del pasivo[133].

Por otra parte, el dinero que aporta un cónyuge en la adquisición de un bien ganancial puede provenir de una donación de un familiar que puede ingresarse de nuevo en una cuenta corriente ganancial o común, en cuyo caso procederá, si se prueba la procedencia privativa del dinero, un derecho de reembolso a favor del cónyuge aportante[134] o, en una cuenta privativa; o dicha donación puede realizarse a favor de ambos cónyuges[135]. Asimismo, el dinero que se aporta puede provenir de una herencia que, como establece el artículo 1346.2 del Código civil son bienes privativos. Si el importe o parte de lo que se recibe por herencia se invierte en la compra de un bien ganancial o en gastos familiares, tendrá el cónyuge aportante un derecho de reembolso[136]. Y, en fin, puede proceder de una indemnización de carácter privado por accidente de circulación o del rescate de un plan de pensiones y, en consecuencia, la posibilidad de reintegro, aunque se ingrese en una cuenta común, si se destina a adquirir bienes comunes o gananciales[137].

En este contexto, cabe que el dinero privativo destinado a la compra de un bien ganancial opere como una aportación privativa[138] o liberalidad del cónyuge titular del mismo[139], o una donación expresa[140] o, que en un convenio regulador ratificado judicialmente se puede pactar una determinada forma de abonar las cargas de la sociedad de gananciales, teniendo dicho pacto plena validez[141], o incluir una cláusula en la que se hace referencia a la inversión de dinero privativo en la compra de un bien común, y la existencia del correspondiente derecho de reintegro o reembolso[142].

Con relación al pago de las cargas o deudas de la sociedad de gananciales, cabe un derecho de reembolso a favor del cónyuge que, aporta dinero privativo para sufragarlos[143]. Si se trata del pago de un préstamo hipotecario, cabe que los vencimientos mensuales de la misma se abonen con dinero ganancial o alguna de las cuotas o la totalidad con dinero privativo[144] y, asimismo, se abonen con dinero privativo las cuotas hipotecarias tras la disolución de la sociedad de gananciales o se amortiza la hipoteca por uno de los cónyuges, dando lugar también a un derecho de reintegro[145]. Es posible que, cuando se suscribe un préstamo hipotecario se acuerde al mismo tiempo un seguro que cubra la cantidad pendiente de pago en caso de fallecimiento o invalidez. El beneficiario del seguro es la propia entidad bancaria que, ha concedido el préstamo, por lo que a aquella se abonará el importe del capital pendiente de pago a la fecha de concurrencia del siniestro; de forma que, por ejemplo, en caso de invalidez absoluta del prestatario, se considera beneficiario no el cónyuge sino la entidad bancaria y, en consecuencia, no se genera un derecho de reintegro al liquidar la sociedad de gananciales[146].

En todo caso, como hemos indicado, se pueden alcanzar pactos por los cónyuges en relación al pago de las cargas de la sociedad de gananciales, y, solicitar para financiarlas préstamos personales, cuyos vencimientos se abonen con dinero privativo por uno solo de los cónyuges, dando lugar a la inclusión en el pasivo de un derecho de reembolso, resultando indiferente que se contraten tal préstamo por uno de los cónyuges o ambos, por ser lo determinante la finalidad del mismo[147].

Asimismo, se entiende que, no procede el derecho de reembolso por entender que el pago de las cuotas del préstamo hipotecario sea complemento del pago de pensión de alimentos, pensión compensatoria, o como medio para solucionar provisionalmente la atribución del uso de la vivienda[148]. Si bien, la obligación

alimenticia con los hijos es una obligación de naturaleza personal impuesta legalmente a uno de los progenitores —cónyuges— y un derecho de los hijos, pero no una deuda de la sociedad de gananciales. Por lo que como tal deuda personal se ha de abonar con sus propios medios económicos, sin que estemos ante un crédito de la sociedad frente al esposo. De abonarse con dinero ganancial, se genera un crédito de un crédito frente al otro y, en ningún caso se incluye en la liquidación de la sociedad de gananciales[149].

De todas formas, las deudas de la sociedad de gananciales han de serlo por su importe actualizado a la fecha de liquidación[150].

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, de 24 de noviembre de 1960.
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de abril de 1967.
- STS, Sala de lo Civil, de 13 de junio de 1986.
- STS, Sala de lo Civil, de 26 de noviembre de 1987.
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de junio de 1988.
- STS, Sala de lo Civil, de 23 de marzo de 1992.
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de abril de 1993.
- STS, Sala de lo Civil, de 18 de julio de 1994.
- STS, Sala de lo Civil, de 20 de junio de 1995.
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de junio de 1996.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de septiembre de 1997.
- STS, Sala de lo Civil, de 18 de noviembre de 1997.
- STS, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 1999.
- STS, Sala de lo Civil, de 3 de abril de 2000.
- STS, Sala de lo Civil, de 26 de abril de 2000.
- STS, Sala de lo Civil, de 25 de septiembre de 2001.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de diciembre de 2001.
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de abril de 2002.
- STS, Sala de lo Civil, de 25 de julio de 2002.
- STS, Sala de lo Civil, de 19 de septiembre de 2002.
- STS, Sala de lo Civil, de 20 de diciembre de 2004.
- STS, Sala de lo Civil, de 1 de junio de 2006.
- STS, Sala de lo Civil, de 8 de febrero de 2007.
- STS, Sala de lo Civil, de 23 de febrero de 2007.
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de junio de 2007.
- STS, Sala de lo Civil, de 27 de noviembre de 2007.
- STS, Sala de lo Civil, de 21 de febrero de 2008.
- STS, Sala de lo Civil, de 6 de mayo de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 3 de diciembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, de 13 de septiembre de 2017.
- STS, Pleno de la Sala de lo Civil, de 27 de mayo de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, de 28 de mayo de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, de 20 de septiembre de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, de 27 de septiembre de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 2019.

- STS, Pleno de la Sala de lo Civil, de 3 de febrero de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, de 4 de febrero de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, de 12 de febrero de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, de 2 de marzo de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, de 1 de junio de 2020.
- RDGRN de 25 de septiembre de 1990.
- RDGRN de 21 de mayo de 1998.
- RDGRN de 7 de diciembre de 2000.
- RDGRN de 16 de abril de 2003.
- RDGRN de 25 de noviembre de 2004.
- RDGRN de 25 de octubre de 2007.
- RDGRN de 15 de junio de 2009.
- RDGRN de 29 de marzo de 2010.
- RDGRN de 19 de junio de 2010.
- RDGRN de 17 de agosto de 2010.
- RDGRN de 2 de agosto de 2012.
- RDGRN de 20 de febrero de 2014.
- RDGRN de 22 de julio de 2016.
- RDGRN de 17 de mayo de 2017.
- RDGRN de 4 de julio de 2018.
- RDGRN de 6 de noviembre de 2019.
- SAP Málaga, secc. 4.ª, de 2 de marzo de 1999.
- SAP Segovia, 17 de julio de 2002.
- SAP Jaén, secc. 2.ª, de 22 de enero de 2003.
- SAP Islas Baleares, secc. 3.ª, de 29 de abril de 2005.
- SAP Burgos, secc. 2.ª, de 19 de octubre de 2005.
- SAP Valladolid, secc. 3.ª, de 20 de octubre de 2005.
- SAP Valencia, secc. 10ª, de 16 de enero de 2006.
- SAP Madrid, secc. 2.ª, de 19 de febrero de 2007.
- SAP Salamanca, secc. 1.ª, de 28 de diciembre de 2007.
- SAP Guadalajara, secc. 1.ª, 23 de enero de 2008.
- SAP Las Palmas, secc. 3.ª, de 11 de julio de 2008.
- SAP Madrid, secc. 24.ª, de 1 de julio de 2009.
- SAP Madrid, secc. 24.ª, de 28 de enero de 2010.
- SAP Málaga, secc. 6.ª, de 10 de junio de 2010.
- SAP A Coruña, secc. 3.ª, de 29 de junio de 2010.
- SAP Murcia, secc. 4.ª, de 22 de julio de 2010.
- SAP Murcia, secc. 4.ª, de 14 de abril de 2011.
- SAP Toledo, secc. 1.ª, de 28 de noviembre de 2011.
- SAP Castellón, secc. 2.ª, de 26 de noviembre de 2012.
- SAP Pontevedra, secc. 3.ª, de 4 de marzo de 2013.
- SAP Granada, secc. 5.ª, de 12 de abril de 2013.
- SAP La Rioja, secc. 1.ª, de 4 de diciembre de 2013.
- SAP León, secc. 1.ª, de 13 de enero de 2015.
- SAP Vizcaya, secc. 4.ª, de 7 de enero de 2016.
- SAP Córdoba, secc. 1.ª, de 16 de septiembre de 2016.
- SAP Cuenca, secc. 1.ª, de 27 de septiembre de 2016.
- SAP Salamanca, secc. 1.ª, de 21 de noviembre de 2016.
- SAP Almería, secc. 1.ª, de 29 de noviembre de 2016.
- SAP Málaga, secc. 6.ª, de 11 de febrero de 2017.
- SAP Guadalajara, secc. 1.ª, de 13 de marzo de 2017.

- SAP Valencia, secc. 10ª, de 18 de mayo de 2017.
- SAP Sevilla, secc. 2.ª, de 21 de septiembre de 2017.
- SAP Ciudad Real, secc. 2.ª, de 22 de mayo de 2018.
- SAP Madrid, secc. 22.ª, de 1 de junio de 2018.
- SAP Burgos, secc. 2.ª, de 14 de junio de 2018.
- SAP Vizcaya, secc. 4.ª, de 1 de febrero de 2019.
- SAP Islas Baleares, secc. 4.ª, de 5 de marzo de 2019.
- SAP Alicante, secc. 9.ª, de 18 de marzo de 2019.
- SAP Alicante, secc. 9.ª, de 10 de mayo de 2019.
- SAP Alicante, secc. 4.ª, de 15 de mayo de 2019.
- SAP Álava, secc. 1.ª, de 16 de mayo de 2019.
- SAP Pontevedra, secc. 1.ª, de 22 de mayo de 2019.
- SAP Cantabria, secc. 2.ª, de 17 de diciembre de 2019.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BELTRÁN DE HEREDIA, C. (1999). *La liquidación de la sociedad de gananciales*, Valencia: Tirant lo Blanch.

DE LOS MOZOS, J.L. (1999). Comentario a los artículos 1344 a 1362 del Código civil. En: M. Albaladejo García (dir.), *Comentario al Código civil y Compilaciones Forales, T. XIX, vol. 2*, 2.ª ed., Madrid: Edersa.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil,* vol. IV Derecho de familia. Derecho de sucesiones, 10ª ed., Madrid: Tecnos

GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). La sociedad de gananciales. En. V. Garrido de Palma (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, T. IV Familia, vol. 2º, 2.ª ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (1991). Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales, Valladolid: Lex Nova.

LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, 4.ª edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil*, VI Derecho de Familia, decimoséptima edición, Madrid: Marcial Pons.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, IV Derecho de Familia, 5.ª ed., Madrid: Edisofer.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A. (2020). Sobre la determinación de la fecha de disolución de la sociedad de gananciales en los supuestos de separación de hecho, *Actualidad Civil,* número 3, marzo, pp. 1-10.

MONTERO GIMÉNEZ, J.Mª. (2020). La privatividad del dinero en las adquisiciones de bienes inmuebles, *La Ley Derecho de Familia,* número 25, enero-marzo, pp. 1-15.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1991). Comentario a los artículos 1345, 1355, 1358 y 1361 del Código civil, *Comentarios del Código civil*, T. II, Madrid: Ministerio de Justicia.

PÉREZ MARTÍN, A.J. (2019). *La liquidación de la sociedad de gananciales: el pasivo*, Córdoba: Lexfamily.

RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). La sociedad de gananciales (1). En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III Los regímenes económicos matrimoniales, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario a los artículos 1344, 1355, 1358 y 1361 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil*, T. VII, Valencia: Tirant lo Blanch.

RUIZ ALCARAZ, S. (2016). La presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código civil, *Actualidad Civil,* número 12, diciembre, pp. 1-18.

SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2016). Comentario a los artículos 1355 y 1358 del Código civil. En: Orduña Moreno J., Plaza Penadés J., Rodríguez Tapia J.M., Vázquez de Castro E., Martínez Velencoso L.M. (coord.), *Código civil comentado*, vol. III, 2.ª ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters.

YÁÑEZ DE ANDRÉS, A. (2019). Doctrina de los actos propios, reembolsos entre cónyuges y disolución de la sociedad ganancial, en las últimas Sentencias del Tribunal Supremo, *Diario La Ley,* número 9496, sección Tribuna, 11 de octubre, pp. 1-3.

NOTAS

[1] *Vid.*, la Resolución de la DGRN de 15 de junio de 2009 *(RJ* 2009/337095).

[2] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, IV Derecho de Familia, 5.ª ed., Madrid: Edisofer, p. 225.

[3] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales, *op. cit.,* p. 251. Para DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil,* vol. IV Derecho de familia. Derecho de sucesiones, 10ª ed., Madrid: Tecnos, p. 157 la idea de ganancia o beneficio es esencialmente contable: ganancia es lo que queda después de detraer los gastos a que se halla sujeta la sociedad; LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, 4.ª edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson, p. 151 por su parte, indica que «ganancias o beneficio como expresión de un resultado económico final, pero durante el matrimonio la masa común está formada, no por el exceso de capital actual sobre el capital inicial de los cónyuges, sino por las adquisiciones hechas con fondos cuyo origen privativo no se puede demostrar y por los frutos, sea de los bienes de los cónyuges, sea de su actividad». Además este autor indica que «el concepto de ganancia se suele hacer presente cuando a la disolución de la comunidad, la masa de gananciales ha de liquidarse» (p. 154). Asimismo, LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil*, VI Derecho de Familia, decimoséptima edición, Madrid: Marcial Pons, p. 182 indica al respecto que, las ganancias o beneficios que se obtienen durante la convivencia matrimonial «se comparten por mitad por ambos cónyuges, pero no cabe reparto alguno hasta el momento de la disolución de la sociedad de gananciales». En fin, GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C. (2015). La sociedad de gananciales. En. V. Garrido de Palma (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, T. IV Familia, vol. 2º, 2.ª ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, p. 327 entiende que «la acepción de "ganancias" se hace referencia al activo neto partible entre los cónyuges después de la liquidación de la sociedad de gananciales».

[4] GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C. (2015). La sociedad de gananciales, *op. cit.,* pp. 311-312 destacando que «esta noción es admitida si no de forma expresa, sí al menos implícita también por quienes se declaran partidarios del régimen de comunidad» (…). En realidad, añaden «los obstáculos que impiden el reconocimiento actual de la sociedad de gananciales como forma específica de sociedad civil, son principalmente de origen histórico y doctrinal, centrados los primeros en el arrastre que suponen las concepciones tradicionales, hoy inservibles por haberse modificado los postulados en que asentaban y, en relación con lo anterior, de orden dogmático, relacionados con el difícil reconocimiento y juego de la sociedad civil en su auténtica configuración, significado y efectos y con el significado de la comunidad y sus efectos jurídicos».

[5] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales, *op. cit.,* p. 253; DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.

(2006). *Sistema de Derecho Civil, op. cit.,* p. 158; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil, op. cit.,* p. 183; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil, op. cit.,* p. 165; Rebolledo Varela, Á. L. (2013). Comentario al artículo 1344 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil*, T. VII, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 9498. Asimismo, vid., las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de abril de 1967 *(RJ* 1967/1871); y, de 8 de febrero de 2007 *(RJ* 2007/1488); y las Resoluciones de la DGRN de 25 de noviembre de 2004 *(RJ* 2004/8154); de 19 de junio de 2010 *(RJ* 2010/3758); de 17 de agosto de 2010 *(RJ* 2010/5009); de 17 de mayo de 2017 *(RJ* 2017/2510); y, de 6 de noviembre de 2019 *(RJ* 2019/4895).

[6] RAGEL SÁNCHEZ L. F. (2017). La sociedad de gananciales (1). En: M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III Los regímenes económicos matrimoniales, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, p. 728.

[7] Se trata de entidades sin personalidad jurídica a que se refieren los artículos 6 y 7 de la LEC cuya representación y defensa corresponde a cualquiera de los cónyuges (art. 1385.2 del CC, RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). La sociedad de gananciales (1), *op. cit.,* p. 710.

[8] GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C. (2015). La sociedad de gananciales, *op. cit.,* p. 323; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil, op. cit.,* p. 167; RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). La sociedad de gananciales (1), *op. cit.,* p. 729.

[9] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1991). Comentario al artículo 1345 del Código civil, *Comentarios del Código civil*, T. II, Madrid: Ministerio de Justicia, p. 637; RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). La sociedad de gananciales (1), *op. cit.,* p. 730. En esta línea, el artículo 197.3 del Código Foral aragonés cuando dispone que «*en cualquier caso, los otorgantes pueden someter la eficacia de las estipulaciones a condición o término, incluso darles efecto retroactivo, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros*». Asimismo, vid., la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de junio de 2007 *(RJ* 2007/3420). En contra, la Resolución de la DGRN de 16 de abril de 2003 *(RJ* 2003/4035).

[10] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de abril de 2002 *(RJ* 2002/3293).

[11] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2007 *(RJ* 2007/3561) señala que el artículo 1353 del Código civil establece una presunción de ganancialidad de los bienes donados por tercero a los cónyuges y exige para ello que concurran los requisitos previstos en el citado artículo: a) Que la liberalidad haya sido aceptada por ambos cónyuges; b) Que el donante no haya establecido lo contrario; 3. Que se trate de una presunción que admite prueba en contrario; y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 3.ª, de 29 de abril de 2005 *(JUR* 2005/113349); de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 3.ª, de 20 de octubre de 2005 *(JUR* 2006/143747); de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. 1.ª, de 28 de diciembre de 2007 *(AC* 2008/1905); de la Audiencia Provincial de Guadalajara, secc. 1.ª, 23 de enero de 2008 *(JUR* 2008/208477); de la misma Audiencia y sección, de 28 de febrero de 2008 *(AC* 2008/1867); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 3.ª, de 4 de marzo de 2013 *(JUR* 2013/126153).

[12] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, secc. única, de 20 de marzo de 2000 *(AC* 2000/3629) vivienda en la que ha convivido el matrimonio adquirido por la actora exclusivamente con dinero privativo procedente de la indemnización percibida por el fallecimiento de su hijo no matrimonial y no reconocido por el demandado. Además, hay ausencia de declaración conjunta de ambos cónyuges atribuyendo el carácter ganancial al piso litigioso.

[13] En la Sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 3 de febrero de 2020 *(RJ* 2020/123) no se discute el carácter ganancial que, al amparo del artículo 1347.2 del Código civil corresponde a los dividendos sociales devengados vigente el consorcio. En este sentido la sentencia de 15 de junio de 1982 proclama que «(…) en cuanto a los beneficios es indiscutible su configuración de frutos, no en el sentido de contraprestación al disfrute de otros de una cosa (cual sucede con el usufructo), pero sí como resultado de una actividad productiva de una organización económica coordinadora de una serie de elementos materiales y personales, para que «fructifiquen» y desde luego incluibles en

el número tercero del artículo 1401 del Código civil» (en la actualidad artículo 1347.2 del CC). Tampoco se duda que son privativas las acciones o participaciones sociales que correspondan a uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio, las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos, como consecuencia de la titularidad de otros privativos, así como las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho de suscribir, por normativa imposición de los artículos 1346.1 y 1352 del Código civil. Solo, si para el ejercicio del derecho de suscripción se utilizasen bienes gananciales o se emitieran acciones con cargo a beneficio, se reembolsará el valor satisfecho, como señala el último párrafo de este último precepto. La cuestión controvertida, que subyace en este recurso de casación radica en determinar el carácter ganancial de los beneficios destinados a reservas por una sociedad de capital de la que es socio uno solo de los cónyuges y, por lo tanto, si, una vez disuelta la comunidad ganancial, existe un derecho de crédito contra el cónyuge accionista o partícipe por las ganancias sociales no repartidas. Ciertamente no se haya contemplado expresamente el tratamiento jurídico de los beneficios destinados a reservas en la regulación del régimen económico matrimonial de gananciales en el Código civil, por lo que este Tribunal, ante la discrepancia de criterios entre nuestras audiencias provinciales y el vacío normativo existente, se inclina por la tesis que niega carácter ganancial a las reservas que permanecen en el patrimonio de la sociedad mercantil asentadas en su contabilidad con la particularidad que se dirá en el caso de existencia de fraude. También concluye que, los dividendos cuyo reparto acordó la Junta General de socios, tienen carácter ganancial; asimismo que, no pierden tal condición jurídica y deberán incluirse como activo de la sociedad de gananciales, los beneficios cuyo acuerdo social de reparto se hubiera acordado vigente la sociedad de gananciales, aunque su efectiva percepción se materialice tras la disolución de la misma; y, en los supuestos de fraude de ley, los beneficios no repartidos se podrán reputar gananciales y como tales incluidos en las operaciones liquidatorias del haber común. Estamos ante actuaciones del cónyuge titular encaminadas a evitar el reparto de dividendos, con la intención que no se integren en el haber común de la sociedad de gananciales en la que participa el otro cónyuge, como integrante y coparticipe de la misma (art. 1344 del CC). Todo ello sin perjuicio además de la aplicación de lo normado en los artículos 1390 y 1391 del Código civil. Ciertamente en esta resolución se considera que los beneficios destinados a reservas en cuanto pertenecen a la sociedad de capital se someten al concreto régimen normativo societario y adquiere la condición de gananciales. Los dividendos cuyo reparto acordó la Junta General de socios tiene naturaleza ganancial. Por su parte, los beneficios cuyo acuerdo social de reparto se hubiera acordado vigente la sociedad de gananciales no pierde tal condición jurídica y deben incluirse en el activo de la sociedad legal de gananciales, aunque su efectiva percepción se materialice tras la disolución de la misma. Ahora bien, en los supuestos de fraude de ley los beneficios no repartidos se podrá reputar gananciales y como tal incluibles en las operaciones liquidatorias del haber común.

[14] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de julio de 2006 *(RJ* 2006/4975); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3.ª, de 21 de marzo de 2005 *(JUR* 2005/138786), y, de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.ª, de 4 de diciembre de 2013 *(AC* 2013/2364).

[15] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de marzo de 1992 *(RJ* 1992/2224); de 7 de abril de 1993 *(RJ* 1993/2992); de 7 de junio de 1996 *(RJ* 1996/4826); de 3 de abril de 2000 *(RJ* 2000/2341); de 1 de junio de 2006 *(RJ* 2006/3060) el artículo 1354 del Código civil se aplica a la adquisición de bienes constante matrimonio, es decir, vigente el régimen de comunidad de gananciales, por precio en parte ganancial y en parte privativo cuyo bien adquirido será ganancial y privativos en proporción al dinero aportado. En este caso, no se aplica, pues, el bien es ganancial desde el principio por la aplicación del artículo 1347.3, y si posteriormente, a su disolución uno de los *ex* cónyuges abona todo o en parte los plazos del préstamo, tendrá derecho de crédito contra la comunidad»; y, de 7 de julio de 2016 *(RJ* 2016/3722); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 4.ª, de 2 de marzo de 1999 *(AC* 1999/4417); de la Audiencia Provincial de Segovia, 17 de julio de 2002 *(JUR* 2002/245902); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 14 de enero de 2003 *(JUR* 2003/92958); de la Audiencia Provin-

cial de Jaén, secc. 2.ª, de 22 de enero de 2003 *(AC* 2003/147); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 24 de octubre de 2003 *(JUR* 2003/259958); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 16 de junio de 2005 *(JUR* 2005/233818); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 16 de enero de 2006 *(AC* 2006/720); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 2.ª, de 19 de febrero de 2007 *(JUR* 2007/152513); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 31 de marzo de 2008 *(JUR* 2008/189791); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, de 26 de noviembre de 2012 *(JUR* 2013/47328); de la Audiencia Provincial de Cuenca, secc. 1.ª, de 27 de septiembre de 2016 *(JUR* 2016/228022); y, de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, de 16 de mayo de 2019 *(JUR* 2019/222480).

[16] GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C. (2015). La sociedad de gananciales, *op. cit.,* p. 333.

[17] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales, *op. cit.,* p. 262. Asimismo, vid., la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 2.ª, de 29 de octubre de 2002 *(JUR* 2003/99679) el primer desembolso se realizó con dinero privativo.

[18] GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C. (2015). «La sociedad de gananciales», *op. cit.,* p. 330.

[19] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales, *op. cit.,* p. 262; GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C. (2015). «La sociedad de gananciales», *op. cit.,* p. 334.

[20] RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). «La sociedad de gananciales (1)», *op. cit.,* p. 893.

[21] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 18 de diciembre de 2003 *(RJ* 2004/1928); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 7.ª, de 15 de abril de 2003 *(JUR* 2003/124300); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 5.ª, de 19 de noviembre de 2002 *(JUR* 2003/85854); de la misma Audiencia, secc. 3.ª, de 28 de diciembre de 2002 *(JUR* 2003/147712); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 14 de abril de 2011 *(JUR* 2011/185538).

[22] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales, *op. cit.,* p. 263; DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil, op. cit.,* p. 167. *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3.ª, de 15 de enero de 2003 *(JUR* 2003/108860).

[23] GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C. (2015). «La sociedad de gananciales», *op. cit.,* p. 393. *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 3.ª, de 29 de junio de 2010 *(JUR* 2010/337120).

[24] RJ 2019/2143.

[25] RJ 2019/2797.

[26] RJ 2020/326.

[27] RJ 2020/374.

[28] RJ 2020/599.

[29] RJ 2020/1342.

[30] GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C. (2015). La sociedad de gananciales, *op. cit.,* p. 437. *Vid.*, asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2005 *(RJ* 2005/5088).

[31] RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). La sociedad de gananciales (1), *op. cit.,* p. 767.

[32] RJ 2009/4246.

[33] LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 185; GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C. (2015). La sociedad de gananciales», *op. cit.,* p. 438; RUIZ ALCARAZ, S. (2016). La presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código civil, *Actualidad Civil,* número 12, diciembre, p. 4 precisa que, esta *vis atractiva* encaja a la perfección con el contenido del artículo 1318 del Código civil. *Vid.*, asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de diciembre de 2001 *(RJ* 2002/3096); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 3.ª, de 7 de julio de 2003 *(JUR* 2003/218974); y, de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 1.ª, de 29 de noviembre de 2016 *(JUR* 2017/89193).

[34] RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). La sociedad de gananciales (1), *op. cit.,* p. 767.

[35] GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C. (2015). La sociedad de gananciales, *op. cit.,* p. 437.

[36] RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). La sociedad de gananciales (1), *op. cit.,* p. 768.

[37] GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C. (2015). La sociedad de gananciales, *op. cit.,* p. 439.

[38] LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 185; DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil, op. cit.,* p. 168. Asimismo, vid., las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de noviembre de 1991 *(RJ* 1991/8415); de 23 de diciembre de 1992 *(RJ* 1992/10717); de 18 de julio de 1994 *(RJ* 1994/6447) no es suficiente la confesión de uno de los cónyuges del carácter privativo del bien. Procede una apreciación conjunta de la prueba; de 12 de diciembre de 1994 *(RJ* 1994/9440); de 20 de junio de 1995 *(RJ* 1995/4931); de 2 de julio de 1996 *(RJ* 1996/5550) necesidad de prueba en contrario suficiente, satisfactoria y convincente respecto al desplazamiento en la situación de privacidad; de 29 de septiembre de 1997 *(RJ* 1997/6825) «no vincula, con la categoría de actos propios, el hecho que actúa como fórmula o confesión extrajudicial, que los esposos en la escritura de adquisición hubieran declarado que "compran para su sociedad conyugal"»; de 22 de febrero de 2000 *(RJ* 2000/1339); de 25 de septiembre de 2001 *(RJ* 2001/8152); y, de 29 de diciembre de 2001 *(RJ* 2002/3096); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 5.ª, de 31 de octubre de 1997 *(AC* 1997/2351); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2.ª, de 3 de febrero de 1999 *(AC* 1999/3993); de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. Única, de 3 de abril de 2000 *(AC* 2000/3409) la separación de hecho de los cónyuges en relación con los bienes adquiridos por cada uno de ellos, destruye la presunción *iuris tantum*. Se trata de una vivienda adquirida por el demandado transcurridos dos años desde que la pareja se hallaba separada de hecho; de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. Única, de 5 de mayo de 2000 *(AC* 2000/945); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 26 de diciembre de 2000 *(JUR* 2001/67523); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, de 1 de julio de 2002 *(JUR* 2002/252030); y, de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 1.ª, de 29 de noviembre de 2016 *(JUR* 2017/89193). Asimismo, las resoluciones de la DGRN de 21 de mayo de 1998 *(RJ* 1998/4456); 7 de diciembre de 2000 *(RJ* 2001/2580); y, de 4 de julio de 2018 *(RJ* 2018/3885).

[39] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales, *op. cit.,* p. 261.

Vid., las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de noviembre de 1960 *(RJ* 1960/3761); de 18 de julio de 1994 *(RJ* 1994/6447) no es suficiente la confesión de uno de los cónyuges del carácter privativo del bien; de 20 de junio de 1995 *(RJ* 1995/4931); de 2 de julio de 1996 *(RJ* 1996/5550) la prueba en contrario debe ser suficiente, satisfactoria y convincente respecto del desplazamiento en la situación de privacidad; de 8 de marzo de 1996 *(RJ* 1996/1939); de 19 de septiembre de 2002 *(RJ* 2002/7834) prueba indudable que la casa pertenecía al marido; no obsta a ello el que en la escritura pública se hubiese dicho que se adquiría para la sociedad conyugal; de 27 de mayo de 2005 *(RJ* 2005/5760) insuficiente la confesión del marido por haber realizado la adquisición del bien con dinero privativo de la esposa; de 19 de junio de 2006 *(RJ* 2006/3381); de 24 de enero de 2008 *(RJ* 2008/217); y, de 30 de junio de 2017 *(JUR* 2018/1261); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, 20 octubre de 1994 *(AC* 1994/1791); de la Audiencia Provincial de Huesca, 7 de mayo de 1997 *(AC* 1997/1083); de la Audiencia Provincial de Ourense, 5 de noviembre de 1998 *(AC* 1998/7850); de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. Única, de 5 de mayo de 2000 *(AC* 2000/945); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 10 de julio de 2000 *(JUR* 2001/258281) la prueba en contrario tiene que ser suficiente, satisfactoria y convincente respecto al desplazamiento de la situación de privatividad; de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3.ª, de 5 de noviembre de 2003 *(AC* 2003/1836); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, 23 de marzo de 2007 *(JUR* 2007/2029) falta de acreditación del carácter privativo del dinero empleado en la compra de los inmuebles; de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5.ª, de 11 de mayo de 2010 *(JUR* 2010/337951); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 22 de julio de 2010 *(JUR* 2010/302487). Asimismo, la resolución de la DGRN de 9 de marzo de 2005 *(RJ* 2005/1961).

[40] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de abril de 1997 *(RJ* 1997/2741); y, de 27 de noviembre de 2007 *(RJ* 2008/29) requiere la aportación de documentos fehacientes que acrediten la propiedad exclusiva por parte de uno de los cónyuges; y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 5.ª, de 14 de septiembre de 2000 *(JUR* 2001/5089); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 8 de julio de 2004 *(AC* 2004/2287) señala la primacía de los documentos públicos sobre los privados; de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 12 de abril de 2013 *(JUR* 2014/125496) no es suficiente la confesión de uno de los cónyuges del carácter privativo del bien; y, de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. 1.ª, de 21 de noviembre de 2016 *(JUR* 2016/275354) el documento privado suscrito por el apelante con sus hermanos y madre sobre lo que uno de aquellos declara como testigo en el juicio, no es tampoco suficiente para destruir la presunción de ganancialidad.

Por su parte, aboga la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de noviembre de 2007 *(RJ* 2008/29) por la aportación de documentos que acrediten fehacientemente la propiedad exclusiva por parte de uno de los cónyuges; y, también las Resoluciones de la DGRN de 7 de diciembre de 2000 *(RJ* 2001/2580) el carácter privativo del precio o de la contraprestación del bien adquirido se justifique mediante prueba documental pública; de 10 de abril de 2015 *(RJ* 2015/1758) hay que justificar el carácter privativo del dinero o de la contraprestación mediante documento público; y, de 22 de julio de 2016 *(RJ* 2016/5482) las aportaciones de certificaciones bancarias no indubitadas acerca del dinero empleado que no permiten destruir la presunción de ganancialidad. En esta línea, RUIZ ALCARAZ, S. (2016). La presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código civil, *op. cit.,* p. 6.

[41] LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 181.

[42] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de julio de 1994 *(RJ* 1994/6447) no es suficiente la confesión de uno de los cónyuges del carácter privativo del bien; de 10 de julio de 1995 *(RJ* 1995/5557); de 21 de mayo de 1996 *(RJ* 1996/3882) presunción de ganancialidad desvirtuada por tratarse de finca adquirida con dinero privativo de uno de los cónyuges; de 24 de febrero de 2000 (*RJ* 2000/809); y, de 13 de julio de 2009 *(RJ* 2009/4465); y las Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4.ª, de 11 de mayo de 1996 *(AC* 1996/2471) presunción de ganancialidad no desvirtuada. Se trata de una vivienda adquirida con dinero procedente de una donación a ambos cónyuges que, se ingresa en una cuenta bancaria común; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 30 de octubre de 2000 (*JUR* 2001/45771) incumbe desvirtuar la presunción de ganancialidad a aquel que niega tal condición con prueba cierta y debidamente justificada; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 13.ª, de 17 de mayo de 2004 *(AC* 2004/1235) presunción de ganancialidad desvirtuada al otorgarse capitulaciones matrimoniales pactándose un régimen de separación de bienes; de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, de 13 de septiembre de 2006 *(JUR* 2006/25142) falta de acreditación de la compra del bien con dinero privativo del esposo procedente de su padre; y, de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2.ª, de 15 de febrero de 2010 *(JUR* 2010/156484) insuficiencia de la declaración como privativo realizada por el otro cónyuge del dinero para su adquisición, además de la ausencia de ingresos que, puedan acreditar el origen privativo de dicho dinero.

[43] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de diciembre de 2002 *(RJ* 2003/67).

[44] RUIZ ALCARAZ, S. (2016). La presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código civil, *op. cit.,* pp. 4-5.

[45] *RJ* 2013/5439.

[46] En esta línea, GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C. (2015). La sociedad de gananciales, *op. cit.,* pp. 442-443.

[47] GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C. (2015). «La sociedad de gananciales», *op. cit.,* p. 445. *Vid.*, asimismo, la Resolución de la DGRN de 7 de diciembre de 2000 *(RJ* 2001/2580); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, de 8 de abril de 2003 *(JUR* 2003/142917).

[48] RJ 1998/4456.

[49] Esta doctrina se reitera en las Resoluciones de la DGRN de 7 de diciembre de 2000 *(RJ* 2001/2580); y, de 15 de diciembre de 2006 *(RJ* 2006/9707) quien, asimismo, precisa que,

la manifestación hecha ante notario no es prueba documental pública que, tal manifestación se ha realizado, pero no de la realidad de los hechos a que la manifestación se refiere.

[50] *RJ* 2007/9250 (*Fundamento de derecho cuarto*). En este caso, se parte que, el cónyuge que vendió un bien que se indica ser privativo y que ahora compra mediante escritura calificada, no determina por si sola el carácter privativo del saldo de la misma.

[51] REBOLLEDO VARELA, Á. L. (2013). Comentario al artículo 1361 del Código civil, *op. cit.,* p. 9630.

[52] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de septiembre de 2001 *(RJ* 2001/6633).

[53] RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). La sociedad de gananciales (1), *op. cit.,* p. 770.

[54] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de abril de 1997 *(RJ* 1997/2741); de 28 de enero de 2000 *(RJ* 2000/455); y, de 26 de junio de 2007 *(RJ* 2007/3448); y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 25 de octubre de 2013 *(JUR* 2014/4844).

En todo caso, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de junio de 1994 *(RJ* 1994/5225); de 16 de octubre de 1999 *(RJ* 1999/7331); y, de 10 de noviembre de 2000 *(RJ* 2000/8500) entienden como doctrina de los actos propios como «aquellos que por su carácter trascendental o por construir convención, causen estado definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho por el que el citado principio solo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que hubieran creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se halla obligado a respetarlo».

[55] *Vid.*, la resolución de la DGRN de 19 de junio de 2010 *(RJ* 2010/3758).

[56] RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). La sociedad de gananciales (1), *op. cit.,* p. 773.

[57] GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C. (2015). La sociedad de gananciales, *op. cit.,* p. 439; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 181. Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de julio de 1996 *(RJ* 1996/6052); y, de 29 de septiembre de 1997 *(RJ* 1997/6825).

[58] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 1 de julio de 2009 *(JUR* 2010/22319); y, de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.ª, de 18 de marzo de 2019 *(AC* 2019/923) se presumen gananciales las cantidades depositadas en cuentas corrientes comunes, pero puede ser destruida por prueba en contrario, consistente en acreditar que las sumas aportadas tienen carácter privativo.

En este sentido, señala RUIZ ALCARAZ, S. (2016). La presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código civil, *op. cit.,* p. 4 que «la comunidad de gananciales es un régimen económico pro familia, por lo que la solución más honesta y convincente es inclinarse por la ganancialidad de los bienes dudosos».

[59] REBOLLEDO VARELA, Á. L. (2013). Comentario al artículo 1361 del Código civil, *op. cit.,* p. 9627.

[60] REBOLLEDO VARELA, Á. L. (2013). Comentario al artículo 1361 del Código civil, *op. cit.,* p. 9628; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 181; DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil, op. cit.,* p. 168.

[61] RJ 2002/6938.

[62] REBOLLEDO VARELA, Á. L. (2013). Comentario al artículo 1361 del Código civil, *op. cit.,* p. 9628.

[63] REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1361 del Código civil, *op. cit.,* p. 9629. En la misma línea, DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil, op. cit.,* p. 168.

[64] LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 181.

[65] RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). La sociedad de gananciales (1), *op. cit.,* p. 768.

[66] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de julio de 1996 *(RJ* 1996/6052); y, de 15 de enero de 2001 *(RJ* 2001/1310).

[67] LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 181; RUIZ ALCARAZ S. (2016). La presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código civil, *op. cit.,* p. 5.

[68] REBOLLEDO VARELA, Á. L. (2013). Comentario al artículo 1355 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil*, T. VII, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 9579. *Vid.*, asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de marzo de 1996 *(RJ* 1996/1939); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 3 de enero de 2002 *(AC* 2002/6); de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.ª, de 16 de noviembre de 2004 *(JUR* 2005/6365); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 5.ª, de 14 de febrero de 2005 *(JUR* 2005/91826); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 4.ª, de 25 de julio de 2005 *(JUR* 2005/229148) atribución voluntaria de carácter ganancial; y, de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.ª, de 19 de octubre de 2005 *(JUR* 2006/6024).

[69] GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C. (2015). «La sociedad de gananciales», *op. cit.,* p. 401. *Vid.*, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 28 de febrero de 2002 *(JUR* 2002/118045).

[70] RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). «La sociedad de gananciales (1)», *op. cit.,* p. 780.

[71] Si bien, SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2016). «Comentario al artículo 1355 del Código civil». En: ORDUÑA MORENO, J., PLAZA PENADÉS, J., RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., VÁZQUEZ DE CASTRO, E., MARTINEZ VELENCOSO, L. M. (coord.), *Código civil comentado*, vol. III, 2.ª ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, pp. 945-946 matiza que «el artículo 1323 del Código civil se aplica en cualquier régimen económico matrimonial, mientras que la atribución de ganancial o privativa solo es posible hablar en un régimen de comunidad relativo, donde es posible distinguir entre la titularidad formal sobre un bien y el carácter privativo o ganancial de este, ya que todo cónyuge puede ser titular tanto de bienes privativos como gananciales».

[72] RJ 2010/2500. Asimismo, la resolución de la DGRN de 25 de septiembre de 1990 *(RJ* 1990/7153) señala que «la libertad de contratación entre los cónyuges (principio recogido en el artículo 1323 del CC) que posibilita a estos, para actuando de común acuerdo, provocar el desplazamiento patrimonial de un concreto bien ganancial al patrimonio de uno de ellos, por venta, permuta, donación u otro título suficientemente causalizado (…) así, pues, admitido ese trasvase patrimonial de un bien ya ganancial, debe igualmente admitirse que los cónyuges, con ocasión de la adquisición de determinado bien a tercero, puedan convenir que este ingrese de manera directa y *erga omnes* en el patrimonio personal de uno de ellos a pesar de no haber acreditado la privatividad de la contraprestación, siempre que dicho negocio causal atributivo obedezca a una casa adecuada (…) cual por ejemplo, la previa transmisión gratuita de la contraprestación a favor del cónyuge adquirente, el derecho de reembolso al que se refiere el artículo 1358 del Código civil. Dicho negocio atributivo no debe confundirse con la confesión de privatividad pues la virtualidad de esta a efectos de la clasificación del bien, sobre ser relativa a su ámbito subjetivo (art. 1324) queda subordinada a la realidad o inexactitud del hecho confesado». Igualmente, vid., las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de mayo de 2005 *(RJ* 2005/6361); de 3 de diciembre de 2015 *(RJ* 2015/5441); y, de 5 de octubre de 2016 *(RJ* 2016/4772); y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, secc. 1.ª, de 13 de marzo de 2017 *(JUR* 2017/121133).

[73] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 7 de enero de 2016 *(JUR* 2016/70335) dispone que: «la posibilidad de provocar el desplazamiento al patrimonio ganancial ha sido reiteradamente admitido por la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de 25 de septiembre de 1990; de 21 de enero de 1991; de 7 de octubre de 1992 y de 21 de diciembre de 1998). Más recientemente, la de 6 de junio de 2007 señala que «cabe entender que el desplazamiento patrimonial deriva del negocio jurídico de atribución de ganancialidad tiene una identidad causal propia que, permite diferenciarla de otros negocios jurídicos propiamente traslativos del dominio, como la compraventa, la permuta (el cónyuge que aporta no espera obtener un precio u otra contraprestación) o la donación (la aportación no se realizar por mera liberalidad)».

[74] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de octubre de 2004 *(RJ* 2004/5993).

[75] REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1355 del Código civil, *op. cit.,* p. 9582. Asimismo, vid., las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de abril de 2002 *(RJ* 2002/3293); y, de 27 de febrero de 2007 *(RJ* 2007/1768).

[76] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.ª, de 29 de junio de 2000 *(JUR* 2000/270591); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 8 de marzo de 2010 *(JUR* 2010/351038) manifestación libre, voluntaria y consciente; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 4.ª, de 22 de julio de 2010 *(JUR* 2010/302487).

Por su parte, la Resolución de la DGRN de 20 de febrero de 2014 *(RJ* 2014/1790) señala que, no basta la mera declaración de los cónyuges al respecto, y es preciso reflejar la causa del negocio de atribución. A una base causal —en concreto, *causa matrimonii*— se refiere, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 7 de enero de 2016 *(JUR* 2016/70335) al respecto indica que «como recuerda la doctrina, la razón de esta atribución radica principalmente en la comunidad de vida que impone el matrimonio, distinta de los habituales patrones que definen las relaciones jurídicas entre extraños atendiendo a causas onerosas, gratuitas o remuneratorias. En el matrimonio el interés del cónyuge tiene un significado más amplio y difuso: la contribución a la realización de los fines de vida en común de cónyuges y de los hijos, la denominada *causa matrimonii* como factor determinante de la razón o causa jurídica de la aportación».

[77] RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). La sociedad de gananciales (1), *op. cit.,* p. 791; REBOLLEDO VARELA, Á. L. (2013). Comentario al artículo 1355 del Código civil, *op. cit.,* p. 9582. Asimismo, vid., las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de octubre de 1999 *(RJ* 1999/7331); y, de 27 de febrero de 2007 *(RJ* 2007/1768); y, la resolución de la DGRN de 16 de abril de 2003 *(RJ* 2003/4035).

[78] GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C. (2015). La sociedad de gananciales, *op. cit.,* pp. 411 y 413. En esta línea, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1991). Comentario al artículo 1355 del Código civil, *op. cit.,* p. 668; DE LOS MOZOS, J. L. (1999). Comentario al artículo 1355 del Código civil. En: M. ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentario del Código civil y Compilaciones Forales, T. XIX, vol. 2*, 2.ª ed., Madrid: Edersa, p. 244 que admiten un acuerdo posterior a la adquisición del bien.

[79] RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). La sociedad de gananciales (1), *op. cit.,* pp. 779 y 781; REBOLLEDO VARELA, Á. L. (2013). Comentario al artículo 1355 del Código civil, *op. cit.,* p. 9583. Asimismo, vid., las Resoluciones de la DGRN de 15 de diciembre de 1999 *(RJ* 1999/9163); de 27 de julio de 2001 *(RJ* 2002/2397); de 16 de abril de 2003 *(RJ* 2003/4035); de 31 de marzo de 2010 *(RJ* 2010/2500); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, de 22 de mayo de 2019 *(JUR* 2019/186972).

[80] DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil, op. cit.,* p. 166. *Vid.*, asimismo, la Resolución de la DGRN de 2 de agosto de 2012 *(RJ* 2012/10387).

[81] REBOLLEDO VARELA, Á. L. (2013). Comentario al artículo 1355 del Código civil, *op. cit.,* p. 9583; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS. Comentario al artículo 1355 del Código civil, *op. cit.,* p. 886; DE LOS MOZOS, Comentario al artículo 1355 del Código civil, *op. cit.*, p. 244.

[82] SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2016). Comentario al artículo 1355 del Código civil, *op. cit.,* p. 946.

[83] SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2016). Comentario al artículo 1355 del Código civil, *op. cit.,* pp. 946-947.

[84] DE LOS MOZOS, J. L. (1999). Comentario al artículo 1355 del Código civil, *op. cit.,* p. 243. Sin embargo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.ª, de 13 de enero de 2015 *(JUR* 2015/72114) da validez al consentimiento tácito en la atribución de ganancialidad de un bien. Tras analizar las consecuencias jurídicas derivadas del silencio en relación con un negocio jurídico en el ámbito del derecho de familia como es el pacto previsto en el artículo 1355 del Código civil, analiza si en este caso concreto la pasividad del recurrente unido a los demás actos considerados permiten llegar a la conclusión de la atribución de ganancialidad del dinero obtenido con la venta de bienes privativos del recurrente. Al respecto entiende que: «(…) 4. La situación de confusión patrimonial propiciada por el recurrente al ingresar de manera indiferenciada el dinero obtenido con la venta de sus bienes privativos y el dinero obtenido por su actividad laboral, profesional o empresarial, así como los frutos producidos por sus bienes privativos junto con el que pudiera recibir sus esposa, no se produce durante un reducido número de años, sino a todo lo largo del matrimonio que duró 36 años. (…)». Se trata de «una situación de confusión patrimonial

aceptada por el recurrente y mantenida en el tiempo sin reserva alguna, lo que es un signo claro de atribución de condición de gananciales a los activos dinerarios obtenidos. Para ello, tomamos en consideración no solo un lapso muy significativo de tiempo, sino también de manera muy relevante la absoluta falta de diferenciación entre lo aportado por el recurrente como privativo y lo aportado por ambos cónyuges como ganancial».

[85] DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil, op. cit.*, p. 166.

[86] REBOLLEDO VARELA, Á. L. (2013). Comentario al artículo 1355 del Código civil, *op. cit.,* p. 9585; DE LOS MOZOS J. L. (1999). Comentario al artículo 1355 del Código civil, *op. cit.,* p. 294.

[87] GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C. (2015). La sociedad de gananciales, *op. cit.,* p. 409.

Asimismo, vid., las Resoluciones de la DGRN de 29 de marzo de 2010 *(RJ* 2010/2375) elevación a público de un documento privado de compraventa de vivienda y de la parte indivisa del garaje, adquirido solo por uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio, solicitando su inscripción como ganancial; y, de 31 de marzo de 2010 *(RJ* 2010/2500) elevación a público de un documento privado de compraventa de dos viviendas y tres participaciones indivisas de garaje suscrito por uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio, solicitando la inscripción con carácter ganancial.

[88] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de septiembre de 2001 *(RJ* 2001/6633) presunción de veracidad de los asientos del Registro.

[89] RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). La sociedad de gananciales (1), *op. cit.,* p. 781; REBOLLEDO VARELA, Á. L. (2013). Comentario al artículo 1355 del Código civil, *op. cit.,* p. 9586.

[90] REBOLLEDO VARELA, Á. L. (2013). Comentario al artículo 1355 del Código civil, *op. cit.,* p. 9588; RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). La sociedad de gananciales (1), *op. cit.,* p. 782; DE LOS MOZOS, J. L. (1999). Comentario al artículo 1355 del Código civil, *op. cit.,* p. 293. *Vid.*, asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 25 de octubre de 2013 *(JUR* 2014/4844) indica que, el artículo 1355 del Código civil permite que los cónyuges de común acuerdo, puedan atribuir el carácter ganancial a cualquier bien adquirido a título oneroso durante el matrimonio, esencialmente, si dicho bien puede resultar en otro caso privativo por la procedencia de los fondos empleados en la adquisición y ello quiere decir que el bien al que se le ha atribuido voluntariamente la condición de ganancial, lo va a ser de manera definitiva, siendo irrelevante cualquier demostración posterior del carácter privativo del dinero empleado en su adquisición; y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 14 de septiembre de 2015 (*JUR* 2016/2262) la vivienda a la que se le ha atribuidos la condición de ganancial por ambos cónyuges, lo va a ser de manera definitiva, siendo irrelevante cualquier demostración posterior del carácter privativo del dinero empleado en su adquisición.

[91] RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). La sociedad de gananciales (1), *op. cit.,* p. 782.

[92] *Vid.*, la resolución de la DGRN de 31 de marzo de 2010 *(RJ* 2010/2500).

[93] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3.ª, de 11 de julio de 2008 *(JUR* 2009/15870) atribución del carácter ganancial por los cónyuges a través de un pacto en la comparecencia ante notario para otorgar la correspondiente escritura pública de compraventa.

[94] REBOLLEDO VARELA, Á. L. (2013). Comentario al artículo 1355 del Código civil, *op. cit.,* p. 9590.

En esta línea, SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2016). Comentario al artículo 1355 del Código civil, *op. cit.,* p. 947 precisa que, «la norma viene a reforzar la presunción del artículo 1361 del Código civil, teniendo dicha presunción naturaleza *iuris tantum*, pues, admite prueba en contrario».

[95] GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C. (2015). «La sociedad de gananciales», *op. cit.,* p. 432.

[96] DE LOS MOZOS, Comentario al artículo 1355 del Código civil, *op. cit.,* p. 294.

[97] REBOLLEDO VARELA, Á. L. (2013). Comentario al artículo 1355 del Código civil, *op. cit.,* p. 9593.

Para SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2016). Comentario al artículo 1355 del Código civil, *op. cit.*, p. 947 la atribución efectuada de común acuerdo del carácter ganancial o privativo en su caso de un bien «podrá ser impugnado por terceros acreedores o legitimario, cuando se den las circunstancias del artículo 1324 del Código civil».

[98] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales, *op. cit.,* p. 263; REBOLLEDO VARELA, Á. L. (2013). Comentario al artículo 1355 del Código civil, *op. cit.,* p. 9610; SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2016). Comentario al artículo 1358 del Código civil, *op. cit.,* p. 955. *Vid.*, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, de 19 de mayo de 2003 *(JUR* 2003/240238) la existencia de una deuda de «valor» por lo que el nominal de la cantidad debida ha de actualizarse al saldarse la deuda corrigiendo las variaciones del valor de la moneda, de nuevo que la nueva cantidad sea el mismo valor adquisitivo que la inicial cantidad.

[99] LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 209.

[100] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales, *op. cit.,* p. 263; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 193; SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2016). Comentario al artículo 1358 del Código civil, *op. cit.,* p. 954; MONTERO GIMÉNEZ, J. Mª. (2020). La privatividad del dinero en las adquisiciones de bienes inmuebles, *La Ley Derecho de Familia,* número 25, enero-marzo, p. 12.

[101] GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C. (2015). La sociedad de gananciales, *op. cit.,* p. 459.

[102] REBOLLEDO VARELA, Á. L. (2013). Comentario al artículo 1358 del Código civil, *op. cit.,* p. 9611.

[103] RAMS ALBESA, J. J., (1992). *La sociedad de gananciales*, Madrid: Tecnos, pp. 397-398; REBOLLEDO VARELA, Á. L. (2013). Comentario al artículo 1358 del Código civil, *op. cit.,* pp. 9611-9612.

[104] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales, *op. cit.,* pp. 263-264; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 209; SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2016). Comentario al artículo 1358 del Código civil, *op. cit.,* p. 955.

[105] REBOLLEDO VARELA, Á. L. (2013). Comentario al artículo 1358 del Código civil, *op. cit.,* p. 9612.

[106] LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 211.

[107] SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2016). Comentario al artículo 1358 del Código civil, *op. cit.,* pp. 954-955.

[108] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 6 de noviembre de 2009 *(JUR* 2010/38194); de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, de 16 de febrero de 2011 *(JUR* 2011/; 295856); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 19 de julio de 2012 *(JUR* 2012/315110); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.ª, de 10 de octubre de 2013 *(JUR* 2014/160190); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 3.ª, de 24 de julio de 2014 *(JUR* 2014/21760); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 10 de julio de 2015 *(JUR* 2015/222944); de la Audiencia Provincial de Guadalajara, secc. 1.ª, de 13 de marzo de 2017 *(JUR* 2017/1211333); de la misma Audiencia y sección, de 8 de mayo de 2017 *(JUR* 2017/164527); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2.ª, de 22 de mayo de 2018 *(JUR* 2018/245347); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 1 de junio de 2018 *(JUR* 2018/213198) respecto de la inclusión en el pasivo de las aportaciones privativas efectuadas por la demandante para la compra de la vivienda familiar y plaza de garaje. El motivo se desestima; se aceptan los argumentos expuestos por el juzgado en orden al rechazo de la inclusión de dicha partida en el pasivo de la masa ganancial. Así, dispone en su *Fundamento de derecho segundo* «En efecto, para dar respuesta a la problemática planteada en este apartado conviene recordar la doctrina emanada de esta propia Sala, entre otras, Sentencia de fecha de 14 de septiembre de 2004, y la más reciente, de 4 de abril de 2014 que, permite afirmar que ante la falta de declaración expresa en el documento de compraventa del carácter público o privado, sobre el carácter privativo de las aportaciones realizadas para la compra, y obligándose intencionadamente el anuncio expreso de reserva o condición sobre dicha aportación, sin mención alguna sobre

el derecho de reembolso a favor de alguno de los cónyuges, el que ha hecho la aportación con fondos privativos, de realizar a favor del otro, comparando conjuntamente, el desplazamiento patrimonial que estimó conveniente salvo que se demuestre, no ya solamente la procedencia privativa de los fondos, sino la inexistencia de una voluntad favorable a dicho desplazamiento, teniendo en consideración que la atribución del carácter ganancial o en pro indiviso en el 50%, siempre es definitiva, por lo que tampoco sería revocable como una donación, ni, por las demás razones, salo pacto en contrario, daría lugar a un derecho de reembolso del artículo 1358 del Código civil».

[109] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.ª, de 19 de octubre de 2005 *(JUR* 2006/6024); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4.ª, de 17 de septiembre de 2010 *(JUR* 2010/354860); de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1.ª, de 17 de enero de 2013 *(JUR* 2013/54103); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 4 de marzo de 2013 *(JUR* 2013/304825); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 26 de marzo de 2013 *(JUR* 2013/228669), de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. 1.ª, de 14 de enero de 2014 *(JUR* 2014/41613); y, de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, de 16 de septiembre de 2016 *(JUR* 2016/262283) en su *Fundamento de derecho segundo* dispone que: «(…) El caso no advierte contradicción alguna sobre el carácter privativo del «dinero» empleado en la adquisición, hecho expresamente reconocido también por la defensa por la parte actora, y desde el primer momento —tanto respecto de la finca como el mobiliario—, manteniéndose la contradicción únicamente sobre el carácter de los «bienes», que de conformidad con lo resuelto en la instancia al amparo del artículo 1355 del Código civil visto, ha de concluirse en su pleno e incontestable carácter ganancial. Así también de conformidad con el artículo 38 de la Ley Hipotecaria que consagra el principio de legitimación y la presunción de titularidad sobre el bien inscrito en la forma determinada en el asiento respectivo. Pronunciamiento inatacable al no haber sido objeto de impugnación anterior y que está bajo la salvaguarda de los tribunales (art. 1.3 de la LH). Ahora bien, y aunque no se haya hecho valer en la escritura ninguna manifestación sobre reserva o reembolso del carácter privativo del capital empleado, ha de advertirse que tampoco consta ni se hace valer especial indicación en contra sobre el particular ni sobre liberalidad de parte alguna a la actora, siendo así que, tanto la renuncia de derechos como la donación ha de ser expresa y de interpretación restrictiva, y no extensa como si de una transmisión onerosa se tratara (art. 1289 del CC). Por lo que no cabe obviar por ello tampoco la norma imperativa del artículo 1355 del Código civil (…). De modo que, aun no constando manifestación alguna de reserva o reembolso, pero resultando que tampoco consta renuncia alguna al efecto del demandado, y habiendo sido expresamente reconocido el carácter privativo del capital empleado, con el reconocimiento implícito que ello supone de crédito contra la sociedad de gananciales, ha de concluirse igualmente, por virtud de aquel precepto que necesariamente correlativo de aquellas partidas de activo, han de hacerse figurar, como pasivo en inventario el correspondiente crédito/s de reembolso actualizados a favor de la demandada, partiendo de las cifras del valor estimadas en el mismo, no objeto de contradicción alguna. No hace falta especial previsión anterior al efecto, dado, como se insiste, los términos imperativos del precepto señalado, la ausencia de toda renuncia expresa anterior a tal crédito por la demandada y el reconocimiento del mismo que comportaba, a su vez, la aceptación por la actora, en todo momento, de la privatividad del capital empleado para las adquisiciones de los activos a cargo del demandado. Por lo que no cabe obviar, en este momento de formación del inventario, la consideración a dicha partida de pasivo notoria. Por todo lo cual, procede la estimación meramente parcial del recurso interpuesto».

[110] YÁÑEZ DE ANDRÉS, A. (2019). Doctrina de los actos propios, reembolsos entre cónyuges y disolución de la sociedad ganancial, en las últimas Sentencias del Tribunal Supremo, *Diario La Ley*, número 9496, sección Tribuna, 11 de octubre, pp. 1-2 critica esta resolución por «no hacer mención a los supuestos en los que haya producido una actuación contraria a la buena fe o abuso del derecho, de tal modo que, la doctrina general que resulta de la misma no parece acorde, ni al principio prohibitivo de ir contra los propios actos, ni al sistema general del régimen presuntivo de gananciales, ni a la realidad social imperante»; y, por otro lado, «por no exigir una elemental reserva expresa en la escritura respecto de un eventual reembolso ulterior, como seria de buena fe de esperar por el otro cónyuge».

[111] Los antecedentes de hecho de la sentencia son los siguientes: Dª. Angélica presentó escrito solicitando la liquidación de la sociedad de gananciales, señalándose día para la formación del inventario. Al existir discrepancias de las partes en torno a diversas partidas, se citó a las partes a vista. La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Guadalajara, número 5, de 19 de septiembre de 2016 declaró el inventario de la sociedad de gananciales constituida por Dª Angélica y D. Luis Carlos está compuesto por los siguientes bienes y derechos: activo: 1. Inmueble-vivienda: El Pozo de Guadalajara; 2. Inmueble-vivienda. Alcalá de henares; 3. Saldos existentes entre la fecha de celebración del matrimonio y la fecha de la sentencia de separación en las cuentas bancarias y otros productos financieros, debiendo reajustarse los intereses devengados en el referido periodo al saldo final considerado ganancial, tras la liquidación; 4. Parte proporcional a la duración de la sociedad de gananciales de la indemnización por despido percibida por el esposo cuyo importe total ascendió a 37.000 euros; 5. Dos vehículos, marca Lancia e Hyunday, cuyos demás datos de identificación son conocidos por las partes, respecto de los que cada, uno de los cónyuges, tiene adjudicado su uso. Pasivo: derecho de reintegro a favor del esposo en relación con las cantidades abonadas por él con dinero privativo para la adquisición de viviendas descritas en el activo, actualizados a la fecha de la liquidación de la sociedad de gananciales. Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la actora y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1.ª, de 13 de marzo de 2017 estimó parcialmente el recurso y denegó el derecho de reembolso por entender que «(…) en ausencia de declaración expresa de carácter privativo de aportación alguna por parte del esposo, con omisión de anuncio concreto: de reserva o condición sobre las cantidades ingresadas, ni mención sobre el derecho de reembolso, es evidente la voluntad del consorte, de realizar a favor de la sociedad conyugal un desplazamiento patrimonial, de manera que no procede ningún derecho de reembolso ni inclusión el pasivo societario de ningún derecho de crédito a favor de aquel». Contra esa resolución se formula recurso de casación, al amparo del artículo 477.2.3.º de la LEC por parte de la representación procesal de D. Luis Carlos, que se articula en dos motivos: el primer motivo del recurso se basa en la infracción de los artículos 1358 y 1398.3 del Código civil sobre cuya interpretación existe jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales. Argumenta el recurso que, frente al concluyente argumento que supone el contenido del artículo 1358 del Código civil, la sentencia recurrida aplica el artículo 1355 del mismo texto legal, por entender que las dos viviendas son bienes gananciales; extremo que se admite por el recurrente, dado que lo que se interesa es el derecho de reintegro de la cantidad privativa actualizada de conformidad con el artículo 1358 del Código civil, en relación con el apartado 3.º del artículo 1398 del mismo texto legal. En consecuencia, la Audiencia ha negado indebidamente el derecho de reembolso, bajo el argumento que no se ha realizado reserva de reintegro, de modo que presume que la voluntad de las partes era otorgar carácter ganancialidad a las viviendas adquiridas con dinero privativo del esposo. El segundo motivo del recurso alega la vulneración del artículo 1324 del Código civil, pues la sentencia recurrida pone en relación el contenido de este precepto con el del artículo 1358 del Código civil para justificar que el reconocimiento efectuado respecto del carácter privativo del dinero con el que fueron adquiridos ambos inmuebles —constante la sociedad de gananciales— carece de eficacia, pues la virtualidad de este reconocimiento de privacidad no debe confundirse con la calificación del bien, quedando subordinada a la realidad o inexactitud del hecho confesado. Se invoca la Sentencia de esta Sala de fecha de 29 de noviembre de 2006.

[112] El esposo alega como causa de inadmisibilidad que no concurre interés casacional porque, según afirma, la sentencia recurrida es conforme a la doctrina de esta Sala. El esposo, además, se opone al recurso por considerar que, no hay derecho de reembolso a favor de la esposa, puesto que no hizo reserva alguna. Argumenta que ello es así por los actos propios de la esposa, que según afirma ejerce su derecho con retraso desleal, por aplicación del principio de autonomía de la voluntad, de lo dispuesto en los artículos 1358 del Código civil y 1398.3 del Código civil.

[113] El recurso de casación se dirige a que se declare que el derecho de reembolso de la esposa del importe actualizado del dinero privativo empleado en el pago del precio de los inmuebles de Londres y Cambridge. En los motivos del recurso se denuncia infracción del

artículo 1358 en relación con el artículo 1355 del Código civil, infracción del artículo 1358 del Código civil y del artículo 1398.3.º del Código civil e infracción del artículo 1358 del Código civil y del artículo 1364 del Código civil. En el desarrollo de los motivos explica que, contra lo que entiende la sentencia recurrida, otra que nazca el reembolso no es preciso hacer reserva en el título de adquisición y que el reembolso está reconocido en la ley como medio de reequilibrar los patrimonios para los casos de adquisición de un bien con fondos de distinto signo que la titularidad del bien, en particular cuando, conforme al artículo 1355 del Código civil, se aportan bienes privativos para la adquisición de bienes comunes. Justifica el interés casacional por la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

[114] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, de 27 de febrero de 2015 *(JUR* 2015/124736).

[115] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de febrero de 2007 *(RJ* 2007/1632) la fecha de extinción del régimen económico de gananciales consecuencia de la separación legal es la de la sentencia de separación y no la del auto de medidas provisionales; y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, de 25 de septiembre de 2002 *(JUR* 2003/23000).

[116] El artículo 125 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal dispone que: «*1. El cónyuge del concursado tendrá derecho a solicitar del juez del concurso la disolución de la sociedad o comunidad conyugal cuando se hubieran incluido en el inventario de la masa activa bienes gananciales o comunes que deban responder de las obligaciones del concursado. 2. Presentada la solicitud de disolución, el juez acordará la liquidación de la sociedad o comunidad conyugal, el pago a los acreedores y la división del remanente entre los cónyuges. Estas operaciones se llevarán a cabo de forma coordinada, sea con el convenio, sea con la liquidación de la masa activa*».

[117] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de junio de 1986 *(RJ* 1986/3549); de 26 de noviembre de 1987 *(RJ* 1987/8689); de 17 de junio de 1988 *(RJ* 1988/5113); de 23 de diciembre de 1992 *(RJ* 1992/10689); de 18 de noviembre de 1997 *(RJ* 1997/7900); de 27 de enero y 14 de marzo de 1998 *(RJ* 1998/110 y RJ 1998/1567); y, de 24 de abril de 1999 *(RJ* 1999/2826).

[118] *RJ* 2000/3230. Asimismo, se refiere a la posición de algunas Sentencias de considerar disuelta la sociedad de gananciales por la separación de hecho durante un tiempo aproximado al del caso ahora examinado —ocho años de separación de hecho libre y mutuamente consentida— y a cuando la separación de hecho seguida de la formación de otra unidad familiar extramatrimonial por uno de los cónyuges separados sea precisamente una de las situaciones que esta Sala ha considerado como de efectiva conclusión de la sociedad de gananciales sin previa separación judicial acordada.

[119] *RJ* 2007/656. En esta línea, vid., asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de febrero de 2008 *(RJ* 2008/1701) indicando que «debe entenderse que, producida de modo irreversible la ruptura de la convivencia, los bienes obtenidos por cada uno de los cónyuges a instar su extinción en los términos previstos en el artículo 1393.3 del Código civil, así como la facultad que les asiste para solicitar las medidas oportunas de carácter económico previas a la solicitud de separación o divorcio. Sentado lo anterior, ha de considerarse infringida tal doctrina por la sentencia hoy recurrida, pues la actuación del Sr. José Francisco al redactar un testamento ológrafo en el que atribuye a la que era aún su esposa la nuda propiedad para su sociedad de gananciales, en nada afecta a la pérdida del fundamento de la existencia de dicha sociedad cuya razón de ser se encuentra en la convivencia matrimonial y por ello se hace atribución conjunta a los cónyuges de lo adquirido a título oneroso por uno de ellos en cuanto se entiende que tal adquisición se produce con la colaboración y sacrificio del otro; de modo que, faltando la convivencia por ruptura matrimonial, puede afirmarse que la sociedad de gananciales ha dejado de existir».

[120] MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A. (2020). Sobre la determinación de la fecha de disolución de la sociedad de gananciales en los supuestos de separación de hecho, *Actualidad Civil,* número 3, marzo, p. 3.

[121] RJ 2015/2602. Para MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A. (2020). Sobre la determinación de la fecha de disolución de la sociedad de gananciales en los supuestos de

separación de hecho, *op. cit.,* pp. 3-4 esta Sentencia de 6 de mayo de 2015 ofrece más que una interpretación flexible, una interpretación correctora, puesto que elimina un requerimiento legal que la propia norma exige. Y añade que «no es admisible una aplicación de la solución de la mera separación de hecho sostenida y manifestada de manera total y absoluta, solución que supondría, como declara la sentencia, la sustitución de una doctrina por otra de forma grosera, sin atención a la naturaleza del problema y su plasmación al caso. Todo lo cual se produciría, además, mediante la inaplicación, o cuando menos, prescindiendo de la solución establecida por el artículo 1393.3, en una suerte de interpretación correctora o integradora, según hemos referido, que, como herramienta de uso restrictivo, podría no ser un medio adecuado a la función de la labor judicial».

[122] *RJ* 2019/2165.

[123] *RJ* 2019/4033.

[124] *RJ* 2020/629.

[125] Para YAÑEZ DE ANDRÉS A. (2019). Doctrina de los actos propios, reembolsos entre cónyuges y disolución de la sociedad ganancial en las últimas sentencias del Tribunal Supremo, *op. cit.,* p. 3 tanto la Sentencia de 27 de mayo de 2019, como esta de 28 de mayo de 2019 «desde la perspectiva civil, son técnicamente impecables, por ajustarse estrictamente a las disposiciones normativas contenidas en el Código civil», pero «desde el punto de vita de la realidad social y de los principios constitucionalizados que deben regir la interpretación de toda legislación positiva, ambas nos resultan difíciles de digerir».

[126] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales, *op. cit.,* p. 287; BELTRÁN DE HEREDIA, C. (1999). *La liquidación de la sociedad de gananciales,* Valencia: Tirant lo Blanch, p. 77; GUILARTE GUTIERREZ, V. (1991). Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales, Valladolid: Lex Nova, p. 79: LASARTE ÁLVAREZ, C. *Principios de Derecho Civil, VI, op. cit.,* p. 235 quien rechazando la idea teórica del patrimonio en liquidación, señala que, la jurisprudencia, al menos conceptualmente, se inclina por el conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria Asimismo, vid., las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de noviembre de 1991 *(RJ* 1991/8415); de 28 de septiembre de 1993 *(RJ* 1993/6657); de 26 de abril de 1997 *(RJ* 1997/3542); de 11 de mayo de 2000 *(RJ* 2000/3926); de 17 de octubre de 2006 *(RJ* 2006/6561); y, de 10 de junio de 2010 *(RJ* 2010/5387); las Resoluciones de la DGRN de 4 de julio de 2009 *(RJ* 2009/5548); de 11 de noviembre de 2013 *(RJ* 2013/8290); y, de 26 de marzo de 2014 *(RJ* 2014/2376); y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.ª, de 10 de mayo de 2019 (*JUR* 2019/207972).

[127] RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). La sociedad de gananciales (5). La disolución de la comunidad de gananciales, *op. cit.,* p. 1286; LACRUZ BERDEJO, J. L. (2010). *Elementos de Derecho Civil, IV Familia*, *op. cit.,* p. 237 asimismo, señala que, prácticamente equivale la estructura y el régimen de la comunidad postmatrimoial a los de la hereditaria.

[128] GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C. (2015). La sociedad de gananciales, *op. cit.,* p. 593.

[129] DIEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, vol. IV*, *op. cit.,* p. 195.

[130] Un estudio en profundidad del pasivo, vid., PÉREZ MARTÍN, A. J. (2019). *La liquidación de la sociedad de gananciales: el pasivo*, Córdoba: Lexfamily, pp. 264-361.

[131] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2007 *(RJ* 2007/3561); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 21 de marzo de 2013 *(JUR* 2014/147832); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, de 29 de junio de 2016 *(JUR* 2016/196508); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.ª, de 31 de marzo de 2017 *(JUR* 2017/119937); y, de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.ª, de 14 de junio de 2018 *(JUR* 2018/238671).

[132] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 2019 *(RJ* 2019/5212); y, de 4 de febrero de 2020 *(RJ* 2020/80) afirman que, el mero hecho de ingresar dinero privativo en una cuenta conjunta no permite atribuirle carácter ganancial y, en consecuencia, si se emplea para hacer frente a necesidades y cargas de la familia o para la adquisición de bienes a los que los cónyuges, de común acuerdo, atribuyen carácter ganancial, surge un derecho de reembolso a favor de su titular, aunque no hiciera reserva

de ese derecho en el momento del ingreso del dinero en la cuenta; y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 3.ª, de 21 de mayo de 2004 *(JUR* 2004/176683); de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. 1.ª, de 23 de junio de 2016 *(JUR* 2016/194578) carácter privativo del ingreso a través de la cuenta bancaria. Cantidad que se ingresa en una cuenta común que tiene su origen en la venta de una vivienda de la que la madre de la esposa era copropietaria; y, de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 1.ª, de 29 de noviembre de 2016 *(JUR* 2017/89193) se da por probado el importe de la venta del bien privativo y su ingreso en cuenta corriente ganancial. En cambio, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 31 de enero de 2019 *(JUR* 2019/70815) de los documentos aportados no permite acreditar que el solar y la vivienda fueran adquiridos con dinero privativo del esposo procedente de la venta de un inmueble privativo.

[133] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Palencia, secc. 1.ª, de 6 de septiembre de 2012 *(JUR* 2012/324691) se utilizó el dinero para la compra de una vivienda familiar; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 16 de julio de 2015 *(JUR* 2015/193995); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 6.ª, de 16 de noviembre de 2015 *(JUR* 2015/297899).

[134] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2007 *(RJ* 2007/3561); y de 1 de junio de 2020 *(RJ* 2020/1342); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.ª, de 11 de febrero de 2004 *(AC* 2004/557); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, de 11 de septiembre de 2007 *(JUR* 2008/60767); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.ª, de 20 de marzo de 2009 *(JUR* 2009/260733); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 25 de mayo de 2012 *(JUR* 2012/231766) se reconoce un derecho de crédito a favor de la esposa por las cantidades donadas por su padre, al no acreditarse que se hiciese tal donación conjuntamente, sin que además el ingreso de la cantidad del dinero en cuenta común, les confiera el carácter de ganancial; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 15 de septiembre de 2014 *(JUR* 2014/271976); de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, de 22 de junio de 2017 *(JUR* 2017/226966); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 1 de febrero de 2018 *(AC* 2018/1216); de la misma Audiencia Provincial y secc., de 1 de febrero de 2019 *(AC* 2018/1216); y, de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.ª, de 17 de diciembre de 2019 *(JUR* 2020/11766).

[135] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 7.ª, de 21 de octubre de 2005 *(JUR* 2008/141039) donación conjunta a ambos cónyuges y sin designación de partes; y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 16 de mayo de 2006 *(JUR* 2006/195734) donación conjunta de sus suegros.

[136] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 1.ª, de 10 de mayo de 2007 *(AC* 2007/2122); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4.ª, de 20 de enero de 2016 *(JUR* 2016/38345); de la Audiencia Provincial de Cuenca, secc. 1.ª, de 22 de septiembre de 2016 *(JUR* 2006/251579); y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 11 de febrero de 2017 *(JUR* 2017/268290); sin embargo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 12 de marzo de 2013 *(JUR* 2013/35679) no se puede incluir en el pasivo de la sociedad ningún crédito a favor de la esposa como consecuencia de haber dispuesto en beneficio de sociedad de la herencia de su madre, al no haber acreditado que el dinero procedente de aquella se halla destinado a atender las necesidades de la familia.

[137] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 2019 *(RJ* 2019/5212) derecho de crédito de la esposa por un dinero heredado y por las indemnizaciones percibidas por un accidente de circulación ingresados los importes en cuentas corrientes de las que eran titulares ambos esposos constante matrimonio y destinadas al sostenimiento de las cargas familiares. O cabe presumir ánimo liberal del cónyuge que emplea dinero privativo; y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 3.ª, de 31 de enero de 2007 *(JUR* 2007/155762); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.ª, de 6 de marzo de 2012 *(JUR* 2012/247370); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 19 de febrero de 2013 *(JUR* 2013/155136); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 14 de julio de 2016 *(JUR* 2016/230532); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 4.ª, de 21 de noviembre de 2016 *(JUR* 2016/2749); y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 4.ª, de 6 de junio de 2017 *(JUR* 2017/190021) rescate de un plan de pensiones.

[138] *Vid.*, la Resolución de la DGRN, 16 de abril de 2003 *(RJ* 2003/40359; y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 21 de marzo de 2013 *(JUR* 2014/147832)

aportación privativa realizada por el marido del precio obtenido por la cuenta de su vivienda privativa para la compra de la primera vivienda ganancial, cuyo precio de venta se invirtió en la adquisición de la vivienda incluida en el inventario ganancial; y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 18 de mayo de 2017 *(JUR* 2017/212466).

[139] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 28 de enero de 2010 *(JUR* 2010/126132); de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.ª, de 28 de noviembre de 2011 *(AC* 2011/1632); y, de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 14 de septiembre de 2017 *(JUR* 2017/311251).

[140] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.ª, de 21 de junio de 2016 *(JUR* 2016/184586).

[141] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5.ª, de 8 de abril de 2016 *(JUR* 2016/104104); y, de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 19 de octubre de 2018 *(JUR* 2019/239782).

[142] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 3 de octubre de 2008 *(JUR* 2008/388345).

[143] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 10 de junio de 2010 *(JUR* 2010/370984); de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.ª, de 18 de enero de 2013 *(JUR* 2013/60171); de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1.ª, de 30 de julio de 2014 *(JUR* 2014/243228); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 31 de julio de 2015 *(JUR* 2016/2259); y, de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, de 20 de septiembre de 2017 (*JUR* 2018/1772). En cambio, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 17 de julio de 2014 *(JUR* 2014/252580) no consta que el dinero privativo sirviese para atender las cargas familiares.

[144] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de junio de 2006 *(RJ* 2006/3381); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, de 15 de julio de 2010 *(JUR* 2010/397024); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, de 6 de octubre de 2014 *(JUR* 2015/71730); y, de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.ª, de 10 de mayo de 2019 (*JUR* 2019/207972).

[145] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de septiembre de 2017 *(RJ* 2017/3915) entiende el Tribunal Supremo que no nos encontramos ante un supuesto del artículo 1355 del Código civil sino del artículo 1398.3 del Código civil y es claro el derecho de reintegro; asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 16 de septiembre de 2003 *(AC* 2003/1536); de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 3.ª, de 6 de febrero de 2004 *(JUR* 2004/107171); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4.ª, de 10 de mayo de 2006 *(JUR* 2006/188051); de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. 1.ª, de 11 de febrero de 2014 (*JUR* 2014/72926); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 13 de enero de 2015 *(JUR* 2015/72964); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3.ª, de 20 de febrero de 2016 *(JUR* 2016/134296); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, de 5 de marzo de 2019 (*JUR* 2019/144349); y, de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, de 15 de mayo de 2019 *(AC* 2019/1357).

[146] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de septiembre de 2019 *(RJ* 2019/3678) ha resuelto la cuestión jurídica declarando la inexistencia de un derecho de reintegro del cónyuge asegurado contra la sociedad de gananciales por la cantidad abonada por el seguro de amortización del préstamo para el caso de invalidez permanente absoluta. No es una indemnización privativa percibida por el marido como consecuencia de su incapacidad y que la haya aplicado al pago de la duda ganancial; asimismo, vid., las Sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 2.ª, de 2 de abril de 2013 *(JUR* 2013/171209); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 11 de noviembre de 2016 *(JUR* 2017/4731).

[147] Vid, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 4.ª, de 12 de mayo de 2000 *(JUR* 2000/267629); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 17 de marzo de 2015 *(JUR* 2015/109128).

[148] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 16 de septiembre de 2003 *(AC* 2003/1538) atribución del uso; de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 1.ª, de 10 de febrero de 2005 *(JUR* 2005/98382); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 27 de octubre de 2006 *(JUR* 2007/99525); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, de 25 de febrero de 2010 *(JUR* 2010/209282); de la Audiencia Provincial de Valencia,

secc. 10ª, de 9 de diciembre de 2013 *(JUR* 2013/54218); y, de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, de 21 de septiembre de 2017 *(JUR* 2018/2127).

[149] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 1.ª, de 14 de julio de 1998 *(AC* 1998/1375); de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 1.ª, de 7 de junio de 2004 *(AC* 2004/1254); de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 2.ª, de 28 de febrero de 2005 *(JUR* 2005/96747); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 7 de noviembre de 2008 *(JUR* 2009/145931); y, de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.ª, de 28 de noviembre de 2011 *(AC* 2011/1632).

[150] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.ª, de 22 de febrero de 2001 *(JUR* 2001/126473) aplicando el IPC; y, de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, de 30 de marzo de 2017 *(JUR* 2017/261348).

1.3. Derechos Reales

La extensión vertical del dominio y la accesión

The vertical extension of the domain and the accesion

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Prof. Dra. de Derecho civil, Universidad Francisco de Vitoria

RESUMEN: La extensión vertical del dominio, es decir, hasta dónde alcanzan las facultades dominicales del propietario en el subsuelo y vuelo de su finca, es una cuestión que ha evolucionado desde el Derecho romano hasta nuestros días. Pero, a pesar de que hoy la extensión vertical se encuentra mucho más restringida, no puede olvidarse de que sigue existiendo y que el propietario lo es tanto del suelo como de lo que está encima y debajo del mismo. Por este motivo, cualquier ocupación o posesión por otro de esos espacios supone una intromisión en la propiedad ajena de la que puede defenderse el propietario, siempre que siga conservando su propiedad. En este trabajo se va a analizar, a la luz de la jurisprudencia, cuál es ese alcance dominical vertical, cuáles son sus limitaciones y cómo puede conservarse o perderse, según el caso, atendiendo principalmente a la posibilidad de alegar la accesión invertida hacia abajo, para conseguir la titularidad dominical de parte de un subsuelo invadido.

ABSTRACT: The vertical extension of the domain, i.e. how far the owner's powers extend into the subsoil and the top of his property, is a question that has evolved from Roman law to the present day. But, in spite of the fact that today the vertical extension is much more restricted, it cannot be forgotten that it still exists and that the owner is as much of the ground as of what is above and below it. For this reason, any occupation or possession by another of these spaces implies an interference in the property of others from which the owner can defend himself, as long as he continues to preserve his property. In this paper we will analyse, in the light of case law, what is this vertical domain scope, what are its limitations and how he can keep it or lose it, attending mainly to the possibility of alleging the «inverted accession» downwards, to obtain the dominance of a part of an invaded subsoil.

PALABRAS CLAVE: Dominio. Subsuelo. Extensión vertical. Accesión. Limitaciones dominicales.

KEY WORDS: Domain. Subsoil. Vertical extension. Accesion. Domain boundaries.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO INICIAL.—II. ALCANCE DEL OBJETO DE LA PROPIEDAD.—III. LA SEPARACIÓN DEL SUBSUELO COMO FINCA INDE-

PENDIENTE.—IV. POSIBILIDAD DE LA ACCESION INVERTIDA HACIA ABAJO. —V. CONCLUSIONES.—VI. RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO INICIAL

En este artículo vamos a tratar de analizar hasta dónde alcanzan las facultades dominicales del propietario en sentido vertical, en la columna que se extiende desde el suelo de la finca, que es de su propiedad, hacia arriba y hacia abajo. En concreto, nos vamos a centrar en la extensión vertical del dominio hacia el subsuelo, su importancia económica y su trascendencia jurídica y las posibilidades de adquisición de la propiedad del subsuelo de forma separada al suelo, a raíz de los hechos que han ocasionado un litigio en los tribunales, de cierta repercusión, entre el Hotel Wellington y unos inversores inmobiliarios venezolanos, Proyectos e Inversiones Binah SA.

Los hechos fueron los siguientes:

En diciembre de 2013 Binah SA compró el edificio sito en la calle Núñez de Balboa núm. 3 de Madrid; después de las pertinentes obras y licencias, se descubre en 2014 que debajo del local de la planta baja existe un garaje del que no se tenía conocimiento, cuya titularidad se desconocía. El informe del ayuntamiento afirma lo siguiente: «Se informa de la existencia de un nivel inferior de sótano además del que ha podido ser inspeccionado. Esto se ha podido observar en el suelo del local comercial, a través de un agujero atravesando el forjado y encontrando un uso de garaje bajo el edificio objeto de informe. No se ha tenido acceso a este garaje y se considera que es de otra propiedad, incluso posiblemente de algún edificio adyacente, pero se desconoce la propiedad. Tampoco se han encontrado referencias catastrales que mencionen la existencia». Además, en el Registro de la Propiedad no hay constancia de tal garaje.

Los nuevos propietarios del edificio inician el proceso de averiguación sobre la titularidad dominical de ese garaje, cuya existencia no les constaba, y se averigua que el mismo pertenece (o se usa por) al adyacente Hotel Wellington, cuyo garaje se extiende por debajo del edificio de Núñez de Balboa 3, en una superficie de 355m^2, y que viene utilizándolo desde 1952, como consecuencia de una aportación a la sociedad del hotel, por parte del entonces dueño del edificio, como pago de sus acciones en dicha sociedad hotelera. La inmobiliaria reclama la propiedad de los metros del garaje que se empotran o engalabernan debajo del suelo del edificio recién adquirido.

El Hotel Wellington interpone demanda declarativa de dominio frente a la sociedad inmobiliaria, para que se declare el dominio a su favor de los metros de garaje comprometidos.

El Juzgado de Primera Instancia de Madrid, en Sentencia de 20 de diciembre de 2017, da la razón a la parte demandante, y la Audiencia Provincial de Madrid, en la Sentencia de 20 de diciembre de 2018, confirma la sentencia de instancia, donde reconoce probada tal aportación del garaje en su totalidad como venta de «cuerpo cierto», y por tanto incluyendo los metros invadidos de la finca colindante, como pago de las acciones del hotel por su propietario y, además, si eso no fuera así, queda probada la posesión pública, pacífica y en concepto de dueño desde entonces (1952) hasta ahora por parte del Hotel Wellington, lo que supondría en cualquier caso su adquisición por usucapión extraordinaria, en caso de discusión del título de transmisión dominical[1].

A la vista de estos hechos, con una evidente repercusión económica para la sociedad inmobiliaria que, después de adquirir el edificio, comprueba que este vale mucho menos de lo esperado al no poder construir un garaje para las viviendas de lujo que iban a instalar en él, nos planteamos las siguientes cuestiones:

— ¿Qué comprende el dominio de un suelo? ¿cuál es su extensión vertical? ¿Debería ser ese garaje invadido propiedad de la inmobiliaria?
— ¿Puede enajenarse de forma separada el subsuelo del suelo?
— ¿Se podría alegar que se ha producido una accesión invertida en este caso?
— ¿Ha adquirido el inmueble por usucapión?

II. ALCANCE DEL OBJETO DE LA PROPIEDAD

Al hablar del objeto de la propiedad, además de qué cosas pueden ser objeto del dominio, hay que analizar hasta dónde puede llegar este —el dominio— respecto de un inmueble. Es decir, hasta donde se extiende la propiedad de un suelo determinado en sentido vertical. La preocupación por hasta dónde alcanza la propiedad en sentido vertical implica tanto dónde está el límite de mi ejercicio como propietario, como dónde está el límite para los demás y si puedo impedir sus injerencias en la finca de mi propiedad.

En el Derecho romano, como de todos es sabido, se entendía que el dominio alcanzaba verticalmente hasta el infinito en el espacio aéreo situado encima del fundo correspondiente, y hasta las profundidades más remotas; de este modo, el dueño del suelo era dueño de una ficticia columna vertical que alcanzaba hasta donde existiera confín. Los romanistas medievales acogiendo estas ideas, las llevaron al límite extendiendo el dominio de la superficie de la finca «*usque ad sidera et usque ad inferos*». Pero, los progresos técnicos han reconocido lo absurdo de este principio, poniendo coto a la propiedad en sentido vertical.

El Código civil, en su artículo 350 recoge la antigua norma romana pero, matizada, y la refiere solo al subsuelo y no al espacio aéreo, aunque debe aplicarse también a este. Con respecto al suelo y subsuelo, establece que el propietario del suelo lo es también del subsuelo y puede hacer en él las obras y excavaciones que tenga por conveniente, con las limitaciones establecidas en las leyes sobre Minas y Aguas y en los Reglamentos de policía.

No cabe ya duda de que este artículo 350 del Código civil también se refiere al vuelo, o espacio situado por encima del suelo o terreno, junto con el expresamente mencionado en él, el subsuelo o espacio que queda por debajo del suelo. Esto queda corroborado por las SSTS de 7 de noviembre de 1995 y 10 de diciembre de 1980 que consideran que se ha invadido propiedad ajena al invadirse el vuelo de una finca[2].

Por otra parte, que el dueño del suelo lo sea también del vuelo o subsuelo es acorde con el principio de accesión (*supercifie solo cedit*) entendido en su sentido normal o hacia abajo, que hace al dueño del suelo, dueño de todo lo que se una o incorpore al mismo, por encima o por debajo. La STS de 23 de junio de 1998, recogiendo sentencias anteriores, afirma de forma clara y contundente que «el derecho de propiedad sobre un terreno se extiende a: a) su superficie; se presume *iuris tantum* que todo lo comprendido dentro de ese perímetro superficial pertenece al propietario (SSTS 3 de julio de 1975 y 6 de julio de 1992; b) el vuelo: puede ser parte del derecho de propiedad o constituirse como derecho

real independiente (STS 24 de diciembre de 1991, y 23 de junio de 1998), c) el subsuelo: cuyo aprovechamiento puede atribuirse a otros, actuando, entonces, como limitación dominical y con acceso al Registro (STS 17 de noviembre de 1997)». O la Sentencia de 26 de junio de 2006 que insiste en la misma idea afirmando que «el artículo 350 del Código civil dispone que el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvas las servidumbres y con sujeción a lo dispuesto en las Leyes sobre minas y aguas y en los reglamentos de policía», extendiendo, por tanto, el dominio a lo que queda debajo del suelo, sin cuestionarlo, hasta donde lo impidan las servidumbres y las leyes, tal y como dispone el Código civil.

La doctrina más moderna dice que la extensión objetiva del dominio está limitada por el punto que alcance la posibilidad de utilización y el interés razonablemente tutelable del propietario. Por tanto, la extensión tiene como medida sus fines, es decir, garantizar la actividad económica; se introducen límites a la regla romana, como, por otra parte, no podía ser de otra forma. La propiedad sobre el vuelo y el subsuelo alcanzará únicamente hasta donde sea posible su explotación por el hombre, hasta donde llegue el interés de su propietario, su «interés potencial»[3], y a esto se ha unido, a partir de la CE de 1978, el límite a la propiedad privada como es la función social de la propiedad, que «recorta», o aclara los límites verticales, por la existencia de servidumbres administrativas, o bienes de dominio público (minas, aguas subterráneas) que, en ningún caso, aun situándose físicamente en esa ficticia columna de propiedad, pueden pertenecer al dominio particular del titular del suelo al que correspondan.

La STS de 3 de abril de 1984 reitera esta tesis del interés del propietario al afirmar que el derecho de propiedad «alcanza hasta donde llegue el interés del propietario», y no puede mantenerse de una forma rigorista y absoluta.

Pues bien, si el dominio se extiende de forma vertical a esa «columna» hacia arriba y hacia abajo hasta donde alcance el interés del propietario, en principio, el subsuelo del edificio de Núñez de Balboa 3, objeto de litigio, pertenece al dueño del suelo, de la propia finca. En consecuencia, la parte de garaje del Hotel Wellington que queda por debajo del edificio de Núñez de Balboa es también propiedad de la sociedad inmobiliaria, conforme al artículo 350 del Código civil y el principio de accesión.

Con esa base legal y jurídica entiende la sociedad inmobiliaria que es dueña de esos 355m^2 del garaje del Hotel Wellington que están empotrados debajo de su finca.

Sin embargo, el Hotel alega que es propietario de esos 355m^2 porque se aportaron a la sociedad del hotel como pago de las acciones de uno de los socios, que era propietario de ese edificio de Núñez de Balboa, en 1952, tal y como lo demuestra la escritura de aportación a la sociedad.

Esto nos plantea los siguientes interrogantes ¿puede enajenarse el subsuelo de la finca con independencia del suelo? ¿qué es necesario para ello? Si esto es así, los 355m^2 del garaje invadidos son propiedad del hotel, y entonces nos encontramos con una finca cuyo suelo y vuelo pertenece a la sociedad inmobiliaria, y el subsuelo al hotel. Propietarios diferentes para dos fincas superpuestas en la misma columna vertical. ¿Es esto posible?

Se trata de un problema de engalanamiento de fincas, o encabalgamiento en el que una finca propiedad de una persona se superpone por arriba o por abajo como es el caso en la finca de otro titular dominical, provocando una situación complicada que debe resolverse.

III. LA SEPARACIÓN DEL SUBSUELO COMO FINCA INDEPENDIENTE

La cuestión sobre si el subsuelo es, o puede ser, una finca independiente, objeto de un derecho de propiedad propio, separado y distinto del de la finca en que consiste el suelo o, si por el contrario, es un derecho real limitado atípico, que confiere a su titular facultades concretas de uso, pero cuya titularidad dominical va unida al propietario del suelo, es un tema que ha sido debatido por la jurisprudencia y doctrina.

Entendemos que el derecho que se tiene sobre el subsuelo no es, o no puede identificarse plenamente, con un dominio exclusivo y separado totalmente del suelo, con las mismas características de este, sino que, mas bien, es un derecho de uso atípico, cuya explotación y titularidad puede inscribirse de forma separada, abriendo folio registral, pero vinculado (desde luego registralmente) a la finca matriz (el suelo), pero también funcionalmente a través de una división horizontal. Así lo hemos defendido antes, y seguimos configurando este derecho como un derecho de uso, similar al derecho de superficie, pero con un carácter temporal duradero.

En cualquier caso, la jurisprudencia se ha ocupado de este tema, y se han producido varias oscilaciones en cuanto a la consideración del derecho de subedificación sobre el subsuelo.

De este modo, la mayoría de las sentencias del Tribunal Supremo, al plantearse esta cuestión, han entendido que el subsuelo pertenece por accesión y en virtud del artículo 350 del Código civil al dueño del suelo. No se constituye por tanto en una propiedad separada e independiente del suelo bajo el que recae, si no que la titularidad dominical es del mismo propietario que el suelo. Como afirma ALEGRE ÁVILA[4], «el carácter unitario de la propiedad fundiaria, comprensiva del subsuelo, constituye un prejuicio o sobrentendido de la jurisprudencia civil, siquiera la extensión del derecho del dueño de la finca en relación con aquel se exprese en términos de mera presunción *iuris tantum* (STS de 25 de febrero de 1986)».

En este sentido se manifiestan las SSTS de 16 y 23 de junio de 1998 que atribuyen la propiedad del subsuelo, en virtud del 361 del Código civil (accesión), al dueño de las viviendas construidas en ese suelo, una vez constituida una propiedad horizontal sobre el edificio, y como elementos comunes, en sendos casos en los que se discutía acerca de la propiedad de unas galerías inferiores constituidas por quién no era propietario del suelo.

Sin embargo, también se observa cómo el subsuelo puede ser objeto de explotación y aprovechamiento por persona distinta del propietario del suelo, basando esta argumentación en el artículo 16.2 RH que permite la constitución sobre el subsuelo de un derecho de utilización temporalmente indefinido, similar al derecho de propiedad.

La cuestión es si ese aprovechamiento separado puede constituirse como un derecho real, o simplemente como una cesión obligacional «que el adquirente del suelo otorga al transmitente en relación con los aprovechamientos urbanísticos que eventualmente pueda conferir el Plan, no, por tanto, como una reserva de algo inexistente, y de cuyo incumplimiento, por ende, solo podrían derivarse consecuencias estrictamente obligacionales, no por tanto, reales (SSTS 3 de marzo de 1995 y 12 de mayo de 1999)»[5].

La Dirección General de los Registros y del Notariado también ha abordado esta cuestión desde el punto de vista registral de la posibilidad de inscripción separada o no del derecho sobre el subsuelo. Una de las primeras resoluciones que contempló el subsuelo como objeto independiente de transmisión fue la de

28 de octubre de 1988. Los hechos eran los siguientes: constaba inscrito en el Registro el «derecho a construir un garaje o almacén en el subsuelo» sobre una finca registral, de titularidad pública, y se presenta una escritura pública en la que se vende el derecho de uso del subsuelo. El registrador rechaza la inscripción por entender que el derecho de uso de la escritura es diferente del de construcción que consta inscrito, pero, la DGRN permite la inscripción del subsuelo como derecho real limitado atípico, que consiste en determinadas facultades de uso (entre ellas, la construcción), identificando la finca sobre la que recae, y posibilitando su transmisión separada.

En la RDGRN de 5 de abril de 2002 se plantea el problema de si es inscribible o no en el Registro, y como finca independiente, una unidad subterránea constituida por un volumen edificable bajo suelo de carácter público, previa la correspondiente desafectación como bien demanial de aquella unidad, configurándola como patrimonial. El Registrador rechaza la inscripción como tal finca independiente alegando los principios de accesión y el artículo 350 del Código civil. El Centro Directivo permite la inscripción del subsuelo como finca independiente del suelo, pero conectado con ella, a través de una división horizontal, en la que se crea un complejo inmobiliario, acudiendo para ello al argumento de la función social de la propiedad que delimitaría la propiedad del suelo, en aras del beneficio social de la construcción de ese parking. La DGRN entiende que hoy la propiedad no es absoluta y liberal como en el momento de publicación del Código, sino que está limitada por su función social y las leyes correspondientes. De este modo el «aforismo *usque ad sidera usque ad ínfero* cede frente al superior principio de la función social de la propiedad». Y considera que puede abrirse un folio independiente para el subsuelo desafectado como bien demanial, al ser una unidad autónoma. Sin embargo, continúa afirmando que «esta apertura de folio autónomo no implica desconexión total con la finca de procedencia, ya que en el folio abierto a esta se hará constar la configuración independiente del subsuelo desafectado, en forma hasta cierto punto análoga a la inscripción del dominio útil». Además, nada obsta en virtud del principio de *numerus apertus* limitado que rige nuestro sistema, a la existencia de un complejo inmobiliario de titularidad pública-privada, al que aplicar la legislación de la propiedad horizontal. En ese complejo, los elementos que lo componen, a pesar de ser distintos, están vinculados —como es el caso— por un punto de conexión, que son los elementos comunes (los forjados del aparcamiento), cuyo «mantenimiento y utilización conjunta justificaría la articulación del complejo que se pretende», lo que conduce a la posibilidad de inscribir ese subsuelo vinculado a través de un complejo inmobiliario con el suelo, finca inicial y matriz con la que queda vinculada, pero en dos folios distintos.

La RDGRN de 24 de febrero de 2007 se plantea de nuevo la posibilidad de inscripción separada del suelo, del subsuelo de un terreno quedando el primero bajo titularidad pública y el segundo de titularidad patrimonial privada, al igual que en la anterior, pero sin previa constitución de un régimen de propiedad horizontal ni reserva de un derecho de edificación.

En este caso la DGRN, después de afirmar contundentemente que «no existen obstáculos en nuestro ordenamiento para la configuración de un régimen distinto al suelo y el subsuelo», y que registralmente puede abrirse un folio autónomo a la unidad subterránea constituida por el volumen de subsuelo desafectado, continua diciendo que «eso no significa una total desvinculación de la finca matriz, ya que en el folio abierto a esta debe hacerse constar el distinto régimen del subsuelo, como modificación de la extensión normal del dominio de la finca matriz». Y en este caso, si lo que se pretende es un desdoblamiento del régimen jurídico

suelo y subsuelo, sin segregación material de un volumen determinado, habrá que establecer primero las relaciones entre el suelo público y el subsuelo privado a través de la división horizontal de los complejos inmobiliarios, cosa que no se ha producido en el caso examinado en esta resolución, por lo que rechaza la inscripción separada del subsuelo como finca independiente. Es decir, no es posible la inscripción del subsuelo sin establecerse el régimen de conexión entre el mismo y el suelo al que, en definitiva, pertenece.

En realidad, queda claro que se permite la inscripción separada del subsuelo como finca independiente, pero eso no quiere decir que el derecho que recae sobre él se trate de un derecho de dominio, pues, aunque en principio este es el que abre folio registral, también existen otros supuestos de facultades o derechos que no son la propiedad que pueden abrir folio registral independiente (por ejemplo, enfiteusis: dominio útil y directo; el derecho de concesión administrativa que se considera finca registral, etc…)

Es decir, el subsuelo o el derecho de subedificación que recae sobre él, propiamente dicho, puede abrir folio registral separado, pero dependiente o vinculado con el suelo en un complejo inmobiliario (luego, no es realmente una finca distinta objeto de propiedad), puede transmitirse de forma independiente del suelo que lo cubre, y puede ser objeto de facultades diferentes que aquel, pero como derecho real de uso que es. No se trata de un nuevo derecho de propiedad separado, no estamos antes una división vertical del dominio real, si no de unas facultades que enajena el dueño del suelo a favor de otro, pero que pueden hacerse de forma definitiva (o temporal). Es más que un derecho de superficie, y tiene contornos y caracteres propios y como tal debe inscribirse. Pero, la titularidad dominical sigue perteneciendo al dueño del suelo.

Probablemente pueda también configurarse con un carácter obligacional, si así lo prefieren las partes. Esta opción se referirá a un supuesto temporal mas limitado, y que como tal cesión obligacional deberá ceñirse al uso concreto que se le haya otorgado. Es mas, recordemos que, como consecuencia de la generalidad del dominio, este se presume libre de cargas y gravámenes por lo que de existir un derecho real que lo limite, este debe constituirse de forma expresa, pues si no, es posible entenderlo como un mero pacto obligacional y puntual entre las partes afectadas.

En cualquier caso, vista la posibilidad de separar registralmente el subsuelo del suelo, y de configurarlo como una unidad independiente objeto de transmisión, nada obsta a que pudiera cederse como aportación a la sociedad hotelera el subsuelo (o parte) del edificio de Núñez de Balboa.

IV. POSIBILIDAD DE LA ACCESION INVERTIDA HACIA ABAJO

Acabamos de exponer cómo puede cederse el uso del subsuelo, su posibilidad de explotación o construcción, a otra persona, o bien, constituirse como un derecho real limitado de uso, de carácter atípico, cuyo contenido serían las facultades de uso en que consiste, y la posibilidad de inscripción de este como una finca independiente del suelo bajo el que se encuentra, aunque vinculado al mismo.

En este sentido, creemos que el Tribunal Supremo en el caso analizado del Hotel Wellington tendría razón en su sentencia que permite dicha cesión del subsuelo como garaje a través de una aportación a la sociedad, y de forma independiente incluso (si fuera el caso) del suelo y vuelo construido, como ya hemos dicho.

Pero, al hilo de estos hechos, nos planteamos también si podría haberse solucionado el conflicto a través de la accesión invertida, de forma que el propietario del Hotel hiciera suya esa parte del garaje que se incrusta debajo del edificio de Núñez de Balboa, como una construcción extralimitada.

En efecto, la accesión invertida, o construcción extralimitada, supone una alteración del principio de *superficie solo cedit*, interpretándolo justo al revés, haciendo propietario del suelo ajeno invadido al invasor, en vez de que el propietario del suelo haga suya la construcción realizada[6].

La admisión de la construcción extralimitada arrancó de la STS de 30 de junio de 1923, pero fue a partir de la importante STS de 31 de mayo de 1949 cuando se consolida esta figura, olvidando o derogando el principio *superficie solo cedit*, para otorgar la propiedad de la parte extralimitada al dueño de la construcción y no al del suelo. Dice esta sentencia, refiriéndose al artículo 361 del Código civil y los principios normales rectores de la accesión que «esta norma fundamental del modo de adquirir por accesión quiebra si el dueño del suelo no lo es de toda la extensión del mismo, porque cuando esto sucede y lo constituido constituye con aquel una unidad inseparable por no poderse hacer, como previenen los artículos 334 y 360 del Código civil su división sin menoscabo, la accesión no se consuma con arreglo al principio inspirador del artículo antes citado y del 358, por falta de la base necesaria para su aplicación, de que sean distintos los dueños del suelo y del edificio sobre él levantado».

Se trata de una institución de construcción jurisprudencial[7] que no recoge, por tanto, el Código civil, y que se produce cuando confluyen los siguientes requisitos:

— Que quien la pretenda sea el titular dominical de lo edificado.
— Debe tratarse de una construcción que se realiza parte en fundo propio y parte en fundo ajeno.
— Que las dos partes del suelo formen con lo construido un todo indivisible.
— La invasión del fundo ajeno y la construcción deben hacerse de buena fe.
— Que lo construido unido al suelo del edificante tenga una importancia y valor superior a los del suelo invadido, que es lo que justifica tal invasión.

Pues bien, si se dan estos requisitos y, como ya hemos dicho, en vez de que el dueño del suelo invadido haga suya la construcción, en virtud del principio normal de accesión, se produce justo lo contrario: el constructor invasor puede hacerse propietario del suelo invadido pagando la correspondiente indemnización al dueño del suelo.

Y creemos que este supuesto podría haber sido también alegado por parte del Hotel Wellington para justificar la propiedad de los 350m² invadidos en el subsuelo del edificio adyacente.

Se trata de una construcción (el garaje) que invade parcialmente el subsuelo ajeno, hecha de buena fe, ya que el constructor creía que tenía título para ello, pues así aparecía en la escritura, formando un todo indivisible con el suelo y el edificio bajo el que se encuentra y con el garaje original.

El hecho de que se trate de una accesión invertida hacia abajo no debe ser escollo para su viabilidad, pues el Tribunal Supremo así lo ha reconocido en varias ocasiones, afirmando que la construcción extralimitada no se produce solo en el suelo/vuelo, sino que puede producirse en el subsuelo y en el vuelo.

De este modo, la STS de 10 de diciembre de 1980, aunque en un caso de accesión invertida de servidumbres de luces y vistas, afirmó que «la invasión del suelo ajeno no solamente se produce por traspasa los linderos del terreno por

medio de una construcción que le afecta al igual que al subsuelo, sino igualmente y con igual fuerza al erigirse una construcción que invade el vuelo…», y continuó subrayando la posibilidad de que la invasión fuera en el vuelo o en suelo, «pues como quedó expresado es indiferente a este respecto que la edificación traspase el suelo o el vuelo….». De estas palabras se deduce claramente que la accesión invertida podría producirse tanto hacia arriba como hacia abajo, tal y como ocurre en el caso analizado, siendo también la invasión del subsuelo, un caso de construcción extralimitada.

La cuestión más difícil para poder aplicar una accesión invertida al supuesto contemplado y fallar en favor del Hotel Wellington, la encontramos en el requisito de la necesidad del mayor valor de lo construido que el del suelo invadido. Cierto es que ese garaje puede tener —en su globalidad— un valor importante, superior al de la parte correspondiente del subsuelo invadido, pero se plantea el problema de si debemos contemplar que, al privar al propietario del edificio invadido esa parte del subsuelo, se le está privando —como parece el caso— de la posibilidad de construir su propio garaje, reduciendo el valor del edificio que iba a ser destinado a viviendas de lujo y, por lo tanto, probablemente no se den las «razones de política económica social» (STS de 10 de diciembre de 1980), o «criterios armónicos de equidad, sentido social de la propiedad y económico de la edificación» (STS de 19 de abril de 1988), que justificaron y justifican la existencia de la accesión invertida[8].

En este sentido, afirma CERDEIRA[9] que «al respecto de tal fin público, se atiende al resultado antieconómico que supondría aplicar estricta y rígidamente los artículos 361 y siguientes del Código civil, pues tal aplicación obligaría a demoler la edificación extralimitada o a constituir sobre ella una especie de copropiedad —absurda o anormal, por su forzosa división lineal en vertical—».

Además, la STS de 29 de junio de 1984 afirma que «la doctrina jurisprudencial sobre accesión invertida nos lleva a la conclusión de que a través de dicha institución se impone atribuir cualidad de principal al edificio unido al suelo cuando su importe y valor excedan de los del suelo invadido y reconocer al edificante el derecho de adquirir la parte del terreno invadido mediante el pago de su precio». Ese mayor valor o importancia es absolutamente necesario pues es el que justifica la derogación del principio *superficie solo cedit*, para adaptarse plenamente al principio *accessorium sequitur principale* que es, en definitiva, el que rige la accesión invertida. Si lo construido (en este caso el parking) tuviera mayor importancia o valor que el propio suelo, solo entonces podríamos aplicar la accesión invertida, y si no fuera así, volveríamos a la regla tradicional de la accesión, donde el dueño de lo principal (¿el edificio?) haría suya esa parte de garaje que se engalaberna en el subsuelo de su propiedad[10].

Hay que analizar en cada caso si realmente el valor de lo construido (en superficie o en subsuelo) es superior al de ese suelo invadido, y planteárselo realmente para poder aplicar o no la accesión invertida[11].

En el caso que se analiza, creo que probablemente el valor e importancia del garaje (que es mucho) no es suficiente para aplicar la accesión invertida hacia abajo ya que el perjuicio que supone para el suelo invadido puede que sea superior al valor de la propia construcción, pues impide construir garaje para las viviendas de lujo que en ese edificio se planteaban, disminuyendo su precio y posibilidades de venta, lo que supone un perjuicio claro para el propietario del suelo invadido.

En definitiva, pudiendo tratarse aparentemente de un caso que podría resolverse a través de la accesión invertida en favor del propietario del edificio

colindante al hotel, el carácter dudoso del mayor valor e importancia del garaje con respecto al edificio hace que nos inclinemos por no aplicar el supuesto de construcción extralimitada en este caso, debiendo volverse a las reglas generales de accesión en su caso (art. 361 CC).

Sin embargo, tampoco estas serán de aplicación, ya que, como ya hemos dicho, se produjo una cesión del subsuelo destinado a garaje en favor de los propietarios del hotel, con título válido y probado, lo que justificaría su adquisición; amén de que, en cualquier caso, se habría producido su adquisición originaria en virtud de prescripción adquisitiva incluso extraordinaria (a falta de ese título), ya que llevaban utilizando (poseyendo) el garaje en concepto de dueño, de forma pública, pacífica e ininterrumpida durante más de 30 años.

Para concluir, se trata de un caso de máxima actualidad que trae, de nuevo, principios e instituciones clásicas del Derecho civil que conviene repasar y actualizar para su aplicación práctica en los supuestos planteados.

V. CONCLUSIONES

I. La extensión vertical del dominio que, en principio, alcanza a una columna vertical hacia arriba (vuelo) y hacia abajo (subsuelo) que comprende hasta donde lleguen las facultades de uso por parte de su propietario y señalen las correspondientes leyes, se ve afectada por la función social de la propiedad que termina por delimitar el contenido del derecho de propiedad actual también en sentido vertical. De este modo, el propietario de un suelo no puede, sin mas y alegando el artículo 350 del Código civil y el principio de accesión, reclamar la propiedad de todo aquello que se encuentra bajo su suelo. Habrá que atender a todos los supuestos de adquisición de la propiedad para dar respuesta a si la construcción realizada por otro propietario colindante bajo su suelo es suya o no.

II. De este modo, lo primero que hay que plantearse es si, ese subsuelo, puede ser objeto de propiedad separado e independiente del suelo que tiene encima, para concluir si puede o no ser, a su vez, objeto de cesión de uso independiente de ese suelo. Este problema ha sido resuelto por la jurisprudencia registral en el sentido de entender que el subsuelo puede incluso ser finca registral independiente de la finca matriz (suelo), pero siempre vinculada a ella a través de un complejo inmobiliario; pero nada obsta, entonces, si es capaz de abrir folio registral, en que sea objeto de cesión o transmisión con independencia de esa finca matriz o suelo.

III. La cesión de uso de ese subsuelo puede configurarse como una cesión obligacional, pacto o acuerdo entre las partes afectadas, o incluso puede configurarse como un nuevo derecho real atípico, similar a la superficie invertida, pero con carácter duradero, indefinido. En este caso debería inscribirse en el registro como tal, delimitándolo perfectamente y dándole tal carácter para que sea posible su inscripción.

IV. Pero, además, ¿puede ser objeto de adquisición a través de accesión invertida la parte de subsuelo invadida por la construcción de un garaje por parte del constructor? La accesión invertida hacia abajo es posible. Nada obsta a que el constructor pueda hacer suya la parte de suelo (subsuelo) invadida cuando actuó de buena fe, en lugar de que el propietario invadido haga suya esa parte de garaje. Entendemos que, si se dan todos los requisitos que la jurisprudencia establece para ello, no habría problema alguno, pero en el caso que se analiza en este artículo, parece ponerse en duda que el garaje construido tenga un mayor

valor e importancia que el resto del edificio construido cuyo subsuelo se invade. Si no se cumple este requisito no puede alegarse la accesión invertida.

V. En cualquier caso, también es posible alegar la usucapión extraordinaria para adquirir la parte de subsuelo extralimitado en fundo vecino si se cumplen los elementos necesarios para ello. Y, en definitiva, para la adquisición de parte del subsuelo pueden alegarse, en general, todos los mecanismos de adquisición de la propiedad del suelo, al ser aquel parte integrante del dominio, y objeto separado de este para el tráfico.

VI. RESOLUCIONES CITADAS

Juzgado Primera Instancia

- JPI Madrid, 20 de diciembre de 2017

Audiencia Provincial

- SAP Madrid, 20 de diciembre de 2018

Tribunal Supremo

- 30 de junio de 1923
- 31 de mayo de 1949
- 13 de mayo de 1959
- 17 de junio de 1961
- 23 de octubre de 1973
- 3 de julio de 1975
- 10 de diciembre de 1980
- 30 de noviembre de 1981
- 3 de abril de 1984
- 29 de junio de 1984
- 1 de marzo de 1985
- 25 de febrero de 1986
- 27 de octubre de 1986
- 23 de febrero de 1988
- 19 de abril de 1988
- 28 de octubre de 1988
- 8 de noviembre de 1989
- 22 de julio de 1991
- 23 de julio de 1991
- 24 de diciembre de 1991
- 3 de abril de 1992
- 6 de julio de 1992
- 11 de junio de 1993
- 29 de julio de 1994
- 3 de marzo de 1995
- 7 de noviembre de 1995
- 12 de noviembre de 1995

- 17 de noviembre de 1997
- 16 de junio de 1998
- 23 de junio de 1998
- 12 de mayo de 1999
- 19 de julio de 1999
- 10 de noviembre de 2004
- 26 de junio de 2006

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- 5 de abril de 2002
- 24 de febrero de 2007

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALEGRE ÁVILA, J. M. (2006). El subsuelo: una propuesta para la reformulación de su estatuto jurídico, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 130, 1-20.

ARNAU MOYA, F. (2011). La variable naturaleza jurídica del engalaberno. *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 26, 1-18.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2009). La accesión invertida: su génesis y evolución en la jurisprudencia. *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 23, 1-62.

— (2009). Las construcciones extralimitadas en el derecho español: luces y sombras de la jurisprudencia en materia de accesión invertida. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 1-26.

FRANCO PAZ, DE, F. (2001). *El derecho de sobreedificación: su naturaleza jurídica,* Aranzadi, Pamplona.

LACRUZ BERDEJO, J. L. (2000). *Elementos de Derecho civil*, III, vol. 1, Dykinson, Madrid.

NOTAS

[1] La SAP Madrid (sección 12), de 20 diciembre 2018:

Fundamento QUINTO: «…En este segundo caso, para determinar qué es objeto de la enajenación, lo esencial no es determinar la cabida de lo efectivamente trasmitido, si no lo que se transmitió, entendido como una realidad física, es decir, aquello que se encuentra dentro de los linderos del inmueble que se transmite.

La aportación del garaje a la sociedad se realiza como cuerpo cierto, tal y como se desprende de las escrituras aportadas como documentos 5 y 6. La aportación, se indica en la escritura de 28 de marzo de 1952, se realiza, tal y como se recoge en número 2 de la letra A) del apartado tercero, "en el estado en que actualmente se encuentra" la edificación que se describe (folio 83 vuelto) y la escritura de subsanación de 21 de julio de 1952 corrige la descripción introduciendo el garaje, con respecto al que se indica que está totalmente terminado desde diciembre de 1950 (folio 106).

Por tanto, lo que se aportan son los inmuebles descritos en dichas escrituras, atendiendo a su realidad física, es decir, no se produce la aportación del garaje determinando un número de metros cuadrados a aportar, lo que se aporta es el garaje en el estado en que se encuentra y la determinación de su superficie claramente se revela como dato descriptivo, pero no como el dato determinante de aquello que se pretende aportar, que no es otra cosa que el edificio y garaje en el estado en que se encontraban».

Y el Fundamento UNDÉCIMO: «…La actora ha venido poseyendo la parcela litigiosa virtud de la aportación que el señor Andrés realizó, por ello se trata de una posesión sustentada en un título apto para transmitir el dominio del inmueble, de no ser por el hipotético vicio o defecto que la usucapión está llamada a subsanar, por lo que su posesión, basada en la condición de propietario que le otorga la escritura de aportación del bien, es posesión a título de dueño.

…Igualmente, por lo indicado en el anterior párrafo, queda probado que la posesión se inició en 1952 y persiste en la actualidad, sin que conste que haya sido interrumpida en ningún momento, por lo que, en base al citado artículo 459 del Código civil (LEG 1889, 27), queda probada la posesión por más de 30 años.

La posesión es evidentemente pública, puesto que se trata de la utilización del inmueble objeto del litigio como parte integrante del garaje del hotel, y por ello de forma pública y sin acto de ocultación alguno.

Es pacífica la posesión, ya que ni se adquirió ni se ha conservado con violencia de ningún tipo.

En consecuencia, tal y como indica la sentencia recurrida, de entenderse que existe algún vicio o defecto en el título transmisivo, el mismo habría quedado sanado por virtud de la usucapión extraordinaria prevista en el artículo 1959 del Código civil.»

[2] Igualmente, puede deducirse que el propietario lo es también del vuelo desde el momento que a este se le permite hacer construcciones y plantaciones sobre el mismo que lo invaden; tiene por tanto la propiedad de utilización exclusiva de ese espacio. LACRUZ BERDEJO, J. L. (2000). *Elementos de Derecho civil,* III, vol. 1, Dykinson, Madrid, 278.

[3] En palabras de LACRUZ BERDEJO, J. L. (2000). *Elementos de Derecho civil*, III, vol. 1, Dykinson, Madrid, 279.

[4] ALEGRE ÁVILA, J. M. (2006). El subsuelo: una propuesta para la reformulación de su estatuto jurídico, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 130, 6, (1-20).

[5] ALEGRE ÁVILA, J. M. (2006). El subsuelo: una propuesta para la reformulación de su estatuto jurídico, *ob. cit.,* 6.

[6] Sobre la accesión invertida, sigs. requisitos y admisión jurisprudencial, véase CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2009). La accesión invertida: su génesis y evolución en la jurisprudencia. *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 23, 1-62; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2009). Las construcciones extralimitadas en el derecho español: luces y sombras de la jurisprudencia en materia de accesión invertida. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 1-26.

[7] Entre otras muchas, han ido perfilando la accesión invertida, las siguientes sentencias: SSTS de 12 de noviembre de 1995, 29 de julio de 1994, 11 de junio de 1993; 3 de abril de 1992; 23 de julio de 1991; 8 de noviembre de 1989, 23 de febrero de 1988; 27 de octubre de 1986; 1 de marzo de 1985; 30 de noviembre de 1981; 10 de diciembre de 1980; 23 de octubre de 1973; 17 de junio de 1961; 13 de mayo de 1959.

[8] Otras sentencias que inciden en las razones de política económica y social y de buena vecindad para justificar la inversión del principio de accesión son: SSTS de 22 de julio de 1991; 29 de julio de 1994; 19 de julio de 1999; 10 de noviembre de 2004.

[9] CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2009). La accesión invertida: su génesis y evolución en la jurisprudencia, ob. cit., 5.

[10] Propiamente no se trataría de un engalaberno, ya que este exige el consentimiento del propietario del suelo invadido sobre el que se sitúa el engalaberno. Véase ARNAU MOYA, F. (2011). La variable naturaleza jurídica del engalaberno. *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 26, 1-18. «en el engalaberno el supuesto de hecho es similar al de las construcciones extralimitadas, la diferencia estriba en que en este caso la invasión de la finca colindante cuenta con el consentimiento de su propietario», 3.

[11] En este sentido, DE FRANCO PAZ se plantea dos interrogantes: «¿no es acaso el suelo un elemento indispensable para que los materiales que componen cualquier edificio tengan una base física sobre la que sustentarse, y en definitiva, este último pueda existir?: ¿no es verdad que la temporalidad del segundo y la permanencia del primero es algo indudable?». DE FRANCO PAZ, F. (2001). *El derecho de sobreedificación: su naturaleza jurídica,* Aranzadi, Pamplona, 39.

1.4. Sucesiones

Autonomía de la voluntad testamentaria: la dispensa de colación como declaración unilateral y revocable en disposiciones testamentarias

Autonomy of the testamentary will: the dispensation of collation as a unilateral and revocable declaration in testamentary dispositions

por

M.ª FERNANDA MORETÓN SANZ

Profesora titular de Derecho civil.
Coordinadora Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias sociales UNED.
Coordinadora del Máster Universitario en Investigación en Derecho de la Cultura por la Universidad Carlos III de Madrid y la UNED

RESUMEN: Las donaciones *inter vivos*, como actos gratuitos que son, pueden porque así lo autoriza el Código de Derecho común, efectuarse por el donante, con carácter de colacionables o no. Por tanto, el negocio jurídico fundamental, participa de los presupuestos esenciales de las relaciones obligatorias y, al tiempo, la nota de la colacionabilidad imputa que dicha declaración de voluntad, esté indeclinablemente unida a las sucesiones por causa de muerte. La donación, bien sabemos que es un modo de adquirir; empero, debemos profundizar en esta vinculación con el Derecho sucesorio. En estas líneas, recapitularemos cómo la suerte de la colación de aquella *donatio inter vivos*, dependerá de un acto unilateral en que el causante, en sus últimas voluntades testamentarias está autorizado —al tratarse de un elemento de derecho dispositivo— tanto a dispensarla, como a revocarla. En suma, es una de las evidencias de la libérrima autonomía de la voluntad testamentaria.

ABSTRACT: Inter vivos donations, as free acts that are, because they are authorized by the Civil Code, can be made by the donor, whether or not they are collationable. Therefore, the fundamental legal act, participates in the essential assumptions of the obligatory relations and, at the same time, the note of the collusion ability imputes that this declaration of will, is indeclinably linked to the successions by cause of death. The donation, we well know, is a way of acquiring the property; we must study this link with inheritance law. In these lines, we will recapitulate how the collation of that donation inter vivos, depend on a unilateral act in his last wills, is authorized to dispense it, as well as to revoke it. In short, it is one of the evidences of the free autonomy of the testamentary will.

PALABRAS CLAVE: Donación colacionable: dispensa y revocación en testamento.

KEY WORDS: Donation collationable: waiver and revocation in will.

SUMARIO: I. PRELIMINAR: REVOCABILIDAD DE LAS DONACIONES Y EL ARTÍCULO 1036 COMO NORMA DE DERECHO DISPOSITIVO.—II. INCIDENCIA DE LA COLACIÓN DE LAS DONACIONES EN LAS OPERACIONES PARTICIONALES: PRESUPUESTOS, CÁLCULO Y ELEMENTOS CONTABLES. 1. La reconstrucción del haber hereditario. 2. Consecuencias de la aplicación del artículo 1035 del Código civil común. 3. Análisis de dos STS siendo ponente el: Excmo. Sr. D. José Luis SEOANE SPIEGELBERG, núm. 468/2019, de 17 de septiembre de 2019 y núm. 578/2019 de 5 de noviembre de 2019. 4. RDGRN de 12 de diciembre de 2016: Donación no colacionable. Imputación se trata de determinar si una donación puede ser al mismo tiempo no colacionable y fijándose el orden de imputación a los tercios de libre disposición, mejora y legítima.—III. DONACIONES COLACIONABLES: STS SIENDO PONENTE PARRA LUCÁN Y LA REVOCABILIDAD DE LA DISPENSA Y LA NECESIDAD DE ESTAR A LA ÚLTIMA VOLUNTAD DEL CAUSANTE. 1. Preliminar. 2. El artículo 1036 y la naturaleza dispositiva de la dispensa o no de la colación: La revocabilidad de la colación depuesta *mortis causa*. 3. STS 29/2008, de 24 de enero. La fijación de la legítima y la sucesión forzosa. Donaciones colacionables. Ponente Excmo. Sr. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. 4. STS 2014, de 17 de enero de 2014, Pleno: ponente ORDUÑA MORENO: Donación inter vivos con dispensa de colación. 5. Sentencia 473/2018, de 20 de julio de 2018, ponente PARRA LUCÁN. Asunto Mazacruz. 6. Sentencia, de 1 de febrero de 2016, por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. 7. STS, núm. 375/2019, de 27 de junio de 2019, siendo ponente la Excma. Sra. D.ª M.ª Ángeles PARRA LUCÁN. 8. STS 134/2019, de 6 de marzo siendo ponente D.ª M.ª Ángeles PARRA LUCAN.—IV. MENCIÓN A LA RENOVADA CODIFICACIÓN FORAL: EN PARTICULAR LAS NUEVAS CODIFICACIONES VASCA Y ARAGONESA. 1. Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco. 2. Derecho aragonés. 3. Derecho sucesorio gallego.—IV. INDICACIONES CONCLUSIVAS.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. PRELIMINAR: REVOCABILIDAD DE LAS DONACIONES Y EL ARTÍCULO 1036 COMO NORMA DE DERECHO DISPOSITIVO

Con carácter previo[1], se antoja más coherente reiterar que, por cuestiones de seguridad jurídica, el testamento y las disposiciones testamentarias, otorgan poder suficiente al causante, para revocar la colacionabilidad de la donación aceptada *inter vivos*. La declaración testamentaria, es, en buena lógica, un acto unilateral que, en el ejercicio de la libérrima autonomía de la voluntad sucesoria, ratifica el incuestionable derecho del causante a ordenar la dispensa o no de la colación. Recuérdese la naturaleza de declaración unilateral y revocable de las disposiciones testamentarias; autonomía presente en la materia objeto de estudio.

Por tanto, la obligación de colacionar es una declaración que el deponente, en el ejercicio de dicha autonomía testamentaria, podrá realizar como tenga por conveniente. Así que, podrá incluir entre sus disposiciones de última voluntad, el sentido que unilateralmente resuelva, sin atenerse a reglas estrictas y no ne-

gociables. Es decir, no es tanto la revocación de la dispensa de la colación —que también— cuanto si su intención fuere la de derogar esta característica de una donación *inter vivos*, lo podrá hacer aboliendo la donación en sí o, sencillamente, imputando dicha disposición *inter vivos* como colacionable, frente a la voluntad manifestada en el momento del perfeccionamiento de dicho acto gratuito[2]. Eso sí y como añaden DÍEZ-PICAZO y GULLÓN «cuando sean aplicables las causas generales de revocación de donaciones»[3].

Declara el tenor literal del artículo 1036 del Código civil: *La colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente o si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa*[4]. De su redacción resulta evidente que se trata de una norma de derecho dispositivo, tal y como hemos anticipado.

II. INCIDENCIA DE LA COLACIÓN DE LAS DONACIONES EN LAS OPERACIONES PARTICIONALES: PRESUPUESTOS, CÁLCULO Y ELEMENTOS CONTABLES

1. La reconstrucción del haber hereditario

Institucionalmente, la entraña de la colación, a la vista de la norma civil común, reside en su naturaleza contable[5]. Carácter que, a su vez, produce consecuencias en la disponibilidad del sistema hereditario, que autoriza al deponente en sus últimas voluntades o disposiciones testamentarias o, incluso, con carácter previo, haya suscrito donaciones dispensables.

De modo que los presupuestos de la colación, prevista en el artículo 1035 del Código civil, implican que se trata de una norma u operación de reparto[6].

Es decir, es una noción contable, típica de operaciones particionales. Con ella se reconstruye el haber del causante para la igualdad de los legitimarios: adición contable, a la masa hereditaria, del valor de los bienes donados valor actualizado al tiempo en que se practique la partición. En cuanto al elemento personal exige la concurrencia de herederos forzosos y, por lo que afecta a los sujetos beneficiarios y decurso vital del sujeto activo, se traduce en lo recibido por un heredero forzoso, a título lucrativo en vida del causante.

Por tanto, sus consecuencias contables implican que se trata de un anticipo de la herencia, caso de concurrir con otros herederos forzosos, siendo su finalidad reconstruir el haber hereditario. De ahí que, exclusivamente, se tendrán en cuenta las donaciones realizadas a los herederos forzosos, para restaurar o rehacer entre ellos el haber del causante, y conseguir, la igualdad entre ellos, bajo la presunción de configurarlas como anticipo de la herencia.

Por su parte, no pretende la garantía de la legítima. Y sobre los bienes o valor a lo que afecta: opera sobre lo donado y no sobre el bien adquirido con lo donado[7].

Por último, hemos de añadir, el extremo que más nos interesa a efectos de este estudio. Excepción de derecho disponible: cabe la dispensa, salvo la revocación de la colación.

2. Consecuencias de la aplicación del artículo 1035 del Código civil común

En el Código civil, el precepto esencial, a estos efectos es el artículo 1035 que, en su libro III, título III, capítulo VI *De la colación y partición* Sección primera.

De la colación, dispone: *El heredero forzoso que concurra, con otros que también lo sean, a una sucesión deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de este, por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición*[8].

De ahí, que VALLADARES RASCÓN, advierta que el meritado precepto 1035 mezcla la colación, que es una operación entre herederos forzosos (…) y la computación o reunión ficticia (…) a efectos de determinar si las donaciones lesionan las legítimas[9].

Como declara ROCA SASTRE, abordamos tres operaciones de naturaleza contable propia y, que implican a distintos sujetos según sea su vínculo con el causante. Es decir, como herederos forzosos, legitimario único, legitimarios entre sí o donatarios[10].

De este modo, nos deberemos atener a la computación legitimaria[11], la operación particional o colación y, por último, a la imputación de liberalidades, a la legítima o agregación a la herencia líquida de las donaciones otorgadas, específica y exclusivamente a los legitimarios[12].

En suma y en palabras de ROCA JUAN, «no se ve inconveniente en considerar la colación como un efecto sucesorio peculiar de la pluralidad de herederos forzosos en determinadas circunstancias, que es autónomo, pero en conexión necesaria y en sus efectos con las operaciones particionales propiamente dichas, que implican el reparto y adjudicación de los concretos bienes hereditarios: el artículo 1035 alude expresamente a la finalidad del resultado de la colación, en cuanto establece que los bienes o valores recibidos por el heredero forzoso en vida del causante por título lucrativo se computen («para computarlos», dice el precepto) en «la cuenta de partición», lo que se traduce en que determinada la cuota de haber, que al heredero forzoso corresponde, la adjudicación de bienes concretos en pago de su haber supone sustituir el «haber» o cuota abstracta de valor, previamente determinada, por el equivalente económico-jurídico en bienes de la adjudicación particional (el llamado carácter especificativo de la partición), y la colación significará una deducción en los bienes que se adjudiquen en pago de la cuota, equivalente a lo ya percibido»[13].

3. Análisis de dos STS siendo ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg, núm. 468/2019, de 17 de septiembre de 2019 y núm. 578/2019, de 5 de noviembre de 2019

Tendremos en cuenta la premisa mayor doctrinal que fija que «El cómputo de la legítima es la fijación cuantitativa de esta, que se hace calculando la cuota correspondiente al patrimonio hereditario del causante, que se determina sumando el *relictum* con el *donatum*»[14].

Y en cuanto a las dos resoluciones judiciales citadas en el epigrafiado, dice así la STS, de 17 de septiembre de 2019:

«3.1.— Consideraciones previas. Las legítimas constituyen una limitación de las facultades dispositivas del causante en beneficio de su cónyuge y parientes más próximos, es decir operan a favor de los legitimarios. Funcionan como un freno a la libertad de testar; puesto que, como establece el artículo 763 II Código civil, el que tuviere herederos forzosos solo podrá disponer de sus bienes en la forma

y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este capítulo, es decir la reguladora de las legítimas.

El sistema legitimario no impide la validez de las disposiciones gratuitas realizadas a favor de los herederos forzosos y terceros, siempre que no perjudiquen a los otros colegitimarios (art. 819 CC). Las legítimas no constituyen una *pars reservata bonorum* (parte reservada de los bienes), dado que el testador puede disponer inter vivos y mortis causa de su patrimonio, si bien bajo una eficacia condicionada a la defensa de la intangibilidad cuantitativa que, de sus legítimas, hagan los legitimarios (STS 695/2005, de 28 de septiembre, que cita a su vez las sentencias de 31 de marzo de 1970 y 20 de noviembre de 1990)»[15].

Siguiendo ahora con ambas resoluciones al integrar su tenor en la última cronológicamente, indica «como hemos advertido en la STS 468/2019, de 17 de septiembre, con referencia al artículo 1035 del Código civil: "La colación no opera, desde el punto de vista técnico jurídico, con el sistema de protección de la legítima, sino que es una operación o norma de reparto, característica de las operaciones particionales, cuyo fundamento radica en la consideración de que lo recibido del causante a título lucrativo por un heredero forzoso debe entenderse, salvo disposición en contrario del causante, como anticipo de la herencia, cuando concurra con otros herederos de tal condición"»[16].

De modo que prístinamente advierte que «las diferencias entre computación de la legítima y colación son evidentes. La computación ha de llevarse a cabo aun cuando exista un único legitimario, puesto que su legítima puede verse perjudicada por las donaciones efectuadas por el causante a terceras personas; mientras que la colación del artículo 1035 del Código civil, solo tiene lugar cuando concurren a la herencia herederos forzosos».

A continuación, reiterando idéntica doctrina jurisprudencial, ratifica que «En la computación hay que agregar al caudal hereditario todas las donaciones llevadas a efecto por el causante, ya sean a herederos forzosos como a terceros, dado que a través de unas y otras se puede lesionar la legítima; mientras que, en el caso de la colación del artículo 1035 del Código civil, solo se tienen en cuenta las donaciones realizadas a los herederos forzosos, para reconstruir entre ellos el haber del causante, y conseguir, salvo dispensa de colación, la igualdad entre los mismos, bajo la presunción de configurarlas como anticipo de la herencia».

En suma: «Las normas concernientes al cómputo del *donatum* (art. 818 CC) son de carácter imperativo, no susceptibles de entrar dentro de la esfera de disposición del causante; mientras que la colación puede ser dispensada por el *de cuius*, siempre que se respeten las legítimas de sus herederos forzosos (art. 1036 CC)»[17].

4. RDGRN, de 12 de diciembre de 2016: Donación no colacionable. Imputación se trata de determinar si una donación puede ser al mismo tiempo no colacionable y fijándose el orden de imputación a los tercios de libre disposición, mejora y legítima

En este supuesto, se ventila y llega a la conclusión que la contradicción existente en la naturaleza de la condición, la donación debería ser colacionable y, aun así, se ordena que no lo sea[18].

De modo que hasta que no sea subsanada dicha aporía, la donación no podrá inscribirse, dadas las desconocidas consecuencias positivas o negativas que tendrá en su haber para el donatario.

Recoge la mencionada RDGRN, de 12 de diciembre de 2016: Donación inoficiosa. Reducción donaciones. —Según la calificación hay una contradicción en cuanto a la naturaleza de la condición, si por un lado se dice que se imputará en primer término al tercio de mejora y luego sucesivamente a los de libre disposición y legítima, quiere decirse que la donación es colacionable y a pesar de ello se ordena que no sea colacionable. Esta contradicción provoca una nulidad de la donación pues el aceptante no puede saber si ella supone un beneficio frente a otros herederos o simplemente es un adelanto de su haber hereditario. Lo dicho provoca que no se pueda inscribir la escritura mientas no se resuelva dicha contradicción. No existe contradicción alguna entre los conceptos de colación e imputación pues son instituciones diferentes. El causante puede dispensar de la colación a uno o varios de los legitimarios, pero no puede impedir que se computen para calcular la legítima, por mor del artículo 813 del Código civil. La colación lleva simplemente a una menor participación de uno o varios legitimarios en la herencia equivalente a lo que recibió en vida del causante, pero no evita las operaciones de computación e imputación». Además, el artículo 818 en su párrafo segundo utiliza la expresión «colacionables» en sentido impropio. *En realidad, como sostiene la doctrina, la expresión «colacionables» en el precepto quiere decir computables, pues si a la expresión «colacionables» se le diera el sentido técnico del artículo 1035 del Código civil, las donaciones hechas a extraños no deberían tenerse en cuenta para saber si la donación ha sido inoficiosa, cuando no hay duda de que la regla contenida en el párrafo segundo tiene, precisamente, esa finalidad, averiguar el quantum global mediante la suma del valor de las donaciones inter vivos al patrimonio relicto neto*[19]. A mayor abundamiento debe tenerse en cuenta que para que procedan todas y cada una de las operaciones señaladas es necesaria la presencia de un causante, por lo que vivo el donante no cabe plantearse problema alguno de colación o imputación, que difieren al tiempo del fallecimiento y de la partición tanto la colación como la imputación, la reducción por inoficiosidad y la fijación de legítimas. No se olvide que la legítima no es un derecho latente, un derecho potestativo o una situación jurídica secundaria, sino tan solo un freno a la libre facultad dispositiva del testador o donante cuyos efectos se verán al tiempo del fallecimiento. En consecuencia, este defecto debe ser revocado.

III. DONACIONES COLACIONABLES: STS SIENDO PONENTE PARRA LUCÁN Y LA REVOCABILIDAD DE LA DISPENSA Y LA NECESIDAD DE ESTAR A LA ÚLTIMA VOLUNTAD DEL CAUSANTE

1. Preliminar

Sin duda y en este punto, la esencia reside en la naturaleza imputable a la dispensa. En principio, y como ya hemos anunciado, se trata de un acto o declaración nacida para surtir los efectos otorgados por el ordenamiento al testador. En buena lógica, al tratarse de un acto unilateral, *mortis causa* y generado para desplegar sus consecuencias con ocasión del fallecimiento del causante, por simetría estructural, esta condición jurídica se atribuirá a la liberalidad sobre la que sea de aplicación.

En la práctica forense previa a la sanción del Código civil[20], ya FEBRERO advertía las singularidades de esta declaración que excluía, gracias a su revocabilidad, la aplicación de la Ley 17 de Toro[21]. Por tanto, se contemplaba no como

una donación simple, sino como una disposición última y, por tanto, revocable hasta la muerte[22].

Recuérdese que el momento doctrinal y académico inmediatamente anterior a la época codificadora; en él se discute entre la invariable apelación al Derecho romano y la omisión del Derecho propio, fuera castellano o real.

Un elemento esencial para el entendimiento del debate sobre la independización del Derecho civil del romano, reside en la introducción de las intituladas *Instituciones del Derecho Civil de Castilla* de JORDÁN DE ASSO y MANUEL Y RODRÍGUEZ.

Estos autores, al hacerse eco de la dificultad de localización del derecho vista la profusión y dispersión de normas existentes, afirman que: «llega á confundirse el mas perspicaz y aplicado, si recurre para su alivio á los comentos de sus Glosadores; porque han pretendido, no sabemos con qué intencion ó utilidad, buscar la primera razon de nuestras Leyes en los principios del Derecho Romano, siendo asi, que nuestros Legisladores, á quienes imitaron los que les succedieron, no solo las fundaron sobre otros muy diversos, sino que aborrecieron aquellos, y los apartaron expresamente de sus Tribunales».

De lo dicho se sigue, la inseguridad jurídica consecuente de la reiterada dispersión normativa. Queja reiterada también por ORTÍZ DE ZÚÑIGA cuando apreciaba «cuántos obstáculos se presentan para profundizar en el espíritu de una legislación tan varia y á veces tan contradictoria, cual la que se contiene en nuestro Fuero juzgo y Real, en las Partidas, como derecho puramente supletorio, en la Recopilación que todavía se denomina Novísima, y el cúmulo inmenso de las modernas leyes, ya compiladas en los volúmenes anteriores al año 1846, ó hacinadas como en un centon en la Colección legislativa, (...) agréguese á todas estas dificultades que se ofrecen al fallar las contiendas jurídicas de cualquiera de los territorios de España, otra de no escasa importancia, cual es, la gravísima de reunir una colección completa de esta pesada balumba de cuerpos legales...».

2. El artículo 1036 y la naturaleza dispositiva de la dispensa o no de la colación: La revocabilidad de la colación depuesta *mortis causa*

Volviendo a la específica realidad contemporánea sobre el artículo 1036, con elocuencia, y del modo siguiente, compendia SARMIENTO RAMOS sus particularidades institucionales: «la dispensa de colación tiene la naturaleza de acto *mortis causa* (implica un modo de ordenación de la sucesión) y goza de autonomía respecto de la liberalidad a la que se aplica; es, por tanto, esencialmente revocable (salvo en la hipótesis del art. 827 CC) aunque la revocación para nada afecte a la validez y eficacia de la liberalidad y puede ordenarse al tiempo de la liberalidad y juntamente con ella, o en un momento posterior»[23].

En suma el testador, tiene derecho a dispensar de la colación o a ordenar que se colaciones lo donado en vida[24].

En este punto, también las nociones podemos sistematizarlas con claridad prístina.

En cuanto a los extremos más destacables de las donaciones colacionables, son, de conformidad a la literatura jurídica y a la doctrina jurisprudencial, los siguientes: a) El artículo 818 del Código civil; b) Su finalidad, que no es otra que la garantía de la legítima; c) La esencial del requisito, donde habrán de concurrir donaciones efectuadas a terceros o herederos forzosos; d) Siempre ha de realizarse aun cuando solo haya un heredero legitimario; e) Se trata de una

noción contable: es una computación que agregar al caudal hereditario de todas las donaciones llevadas a efecto por el causante, ya sean a herederos forzosos como a terceros; f) Los sujetos beneficiarios de la donación colacionable: un tercero o un heredero forzoso y g) Siempre tendremos presente que las normas concernientes al cómputo del *donatum* (art. 818 CC) son de carácter imperativo[25].

Por cuanto afecta a la última doctrina señalaremos la del profesor VELA, al indicar sobre las *Donaciones declaradas no colacionables o realizadas con dispensa de colación*: «(…) Es posible, igualmente, que el causante quiera dispensar de imputación determinada donación con el fin de que el legitimario donatario, además de lo donado, reciba de la herencia su cuota legitimaria correspondiente, pues, como se ha indicado ya, se parte de la presunción de que las donaciones otorgadas por el causante durante su vida lo han sido a cuenta de lo que el donatario tendría derecho a recibir por herencia. Eso sí, debe tenerse muy en cuenta que la dispensa de colación de la donación realizada no puede impedir que se compute para calcular la legítima de los herederos forzosos, pues, a tenor del artículo 813.1.º del Código civil, el «*testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley*» (SSTS [1.ª] 17 de marzo de 1989 [ya citada], 18 de octubre de 2007, 24 de enero de 2008 [ya también citada] y 21 de enero de 2010). En efecto, como también entiende la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución de 12 de diciembre de 2016, cuando el párrafo segundo del artículo 818 del Código civil utiliza la expresión *colacionables*, refiriéndose a las donaciones, lo hace en sentido impropio, pues «el precepto quiere decir computables, pues si a la expresión *colacionables* se le diera el sentido técnico del artículo 1035 del Código civil, las donaciones hechas a extraños no deberían tenerse en cuenta para saber si la donación ha sido inoficiosa, cuando no hay duda de que la regla contenida en el párrafo segundo tiene, precisamente, esa finalidad, averiguar el *quantum* global mediante la suma del valor de las donaciones *inter vivos* al patrimonio relicto neto»[26].

En definitiva, afirma que: «tratándose de donación hecha expresamente con el carácter de no colacionable —cualidad que también puede establecerse por el causante en su testamento, *ex* artículo 1037 del Código civil—, como el donante quiere un beneficio evidente para el donatario, parece lógico que debe entenderse que primero se hace la imputación de la donación a la parte libre de la herencia (SAP de Madrid [21.ª] 31 de mayo de 2012) y, después, a la legítima estricta que corresponda al heredero forzoso donatario, porque se ha querido alterar por el causante la regla general de imputación del artículo 819 del Código civil; lógicamente, el exceso se reducirá por inoficioso (*ex* art. 819.3.º CC), por no poder imputarse en el tercio de mejora, conforme al artículo 825, *a contrario*, del Código civil.

En este punto, la STS (1.ª) de 29 de julio de 2013 dijo que en «el contexto interpretativo de la declaración de voluntad que comporta el artículo 825 del Código civil, claramente contrario a la admisión de la mejora *meramente presunta,* debe señalarse que *la declaración de una manera expresa de la voluntad de mejorar*, entendida como una declaración inequívoca, queda complementada en la donación con expresa dispensa de colación al quedar patente que se pretende un beneficio exclusivo para ese legitimario, que resulta mejorado», por ejemplo, si el donatario descendiente con dispensa de colación ha sido instituido heredero en la herencia correspondiente; y todo ello, por cuanto «en orden a la imputación de la donación con dispensa de colación la valoración normativa tampoco debe discurrir por el cauce de una interpretación restrictiva o limitativa de la voluntad real del disponente». No obstante, a mi juicio, la donación hecha con el carácter

de no colacionable ya implica un evidente beneficio para el donatario pues va a poder imputarla, en primer término, a la parte de libre disposición de la herencia —y solo después a su cuota legitimaria correspondiente—, pero entiendo que esta situación no va a conllevar una mejora tácita o presunta para el favorecido, pues ello es contrario, no se olvide, al principio general de la mejora expresa contenido en el citado artículo 825 del Código civil»[27].

Creo que en similar sentido, por lo que atañe a los móviles hipotéticos y los fines evidenciados en el testamento, fundándose en la doctrina de VALLET, ESPEJO LERDO DE TEJADA sostiene que «el causante, en vida, puede ir distribuyendo sus propiedades mediante donaciones, sin preocuparse, de momento, del estado final de distribución, pues sabe que a su muerte mediante la colación se corregirán estas desigualdades; con esta interpretación la única posibilidad desigualatoria es la que queda en manos del causante mediante la oportuna dispensa de colación; en ningún caso se producirá esta desigualación como consecuencia automática de la donación. De todas formas puede parecer que lo anterior contradice el carácter por lo común irrevocable de las donaciones, ya que por un acto posterior del donante (el testamento, acto de última voluntad) pierde eficacia la donación. Sin embargo, como dije antes, *esta objeción decae si se considera que la donación en el momento de nacer está sujeta a la carga o a la condición de ser traída a colación en el caso de que se acepte la herencia*. Ciertamente el donatario siempre podría repudiar la herencia para así no tener que colacionar el exceso»[28].

3. STS 29/2008, de 24 de enero. La fijación de la legítima y la sucesión forzosa. Donaciones colacionables. Ponente Excmo. Sr. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ

Los autos traen causa de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia del juicio declarativo ordinario de menor cuantía, del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Gandía, cuyo recurso fue interpuesto por la procuradora Mª Isabel Díaz Solano, en nombre y representación de D.ª Sonia, D.ª Rocío.

Los hechos los fija, lógicamente, el citado Juzgado de Primera Instancia número 1 de Gandía, de 4 de noviembre de 1999, en los siguientes términos: la demandante y recurrente en casación doña Sonia, es hija de D. Vicente, ya fallecido, el cual era hijo de un primer matrimonio de la causante D.ª María Inmaculada con D. Vicente (fallecido). De un segundo matrimonio contraído por la causante Sra. María Inmaculada con D. Íñigo, nacieron dos hijos, los demandados D.ª Rocío y D. Iván[29].

Es decir, los legitimarios respecto de la herencia de la Sra. María Inmaculada, son su nieta D.ª Sonia, que ocupa en dicha herencia el lugar de su padre por derecho de representación y sus hijos D.ª Rocío y D. Iván. La cuestión se dirime por el último testamento, de fecha 13 de marzo de 1990, otorgado ante notario en el que se establecía expresamente la validez del testamento otorgado el 21 de noviembre de 1974, si bien hacía ciertas alteraciones acerca del nombramiento de albacea-contador-partidor.

En el testamento de 21 de noviembre de 1974, en sus cláusulas quinta y sexta, se disponía expresamente que: Quinta. «En todo caso, lega y mejora a sus hijos Rocío y Iván, a partes iguales entre ellos, el resto de los tercios íntegros de mejora y libre disposición». Sexta. En el tercio de legítima estricta, instituyen herederos universales por iguales partes a sus hijos Rocío y Iván y a su nieta Sonia. Ordena la testadora que el pago de legítima a su nieta Sonia se haga efectivo con el metálico existente en libreta número 1174, cartilla de ahorros en

la sucursal en Oliva del Banco de la Exportación. Si ello no alcanzase a cubrir lo que por legítima le corresponda, sus tíos doña Rocío y don Iván a partes iguales y en metálico le abonarán el complemento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 815 del Código civil».

A la vista de la referida disposición testamentaria y en virtud del artículo 808 del Código civil, a la demandante doña Sonia le corresponde un tercio del tercio de legítima estricta, o lo que es lo mismo, una novena parte de la herencia de doña María Inmaculada y se reclama el suplemento de legítima, solicitando la parte demandante que, para calcular el déficit no percibido, se deben colacionar las distintas donaciones efectuadas por la causante, para así, junto al *relictum* o bienes que quedan a la muerte del testador, determinar el montante total de la herencia.

SSª para la aclaración de las nociones, advierte que «El cómputo de la legítima es la fijación cuantitativa de esta, que se hace calculando la cuota correspondiente al patrimonio hereditario del causante, que se determina sumando el *relictum* con el *donatum*; así lo dicen expresamente las Sentencias de 17 de marzo de 1989 y 28 de septiembre de 2005 y se refieren a ello las de 21 de abril de 1990, 23 de octubre de 1992 y 21 de abril de 1997. Artículo 818 del Código civil. La atribución es el pago de la legítima, por cualquier título; como herencia, como legado o como donación. Artículos 815 y 819 del Código civil. La imputación es el colocar a cuenta de la legítima lo que un legitimario ha recibido de su causante como heredero, como legatario o como donatario. A ella se refieren las sentencias citadas, de 31 de abril de 1990 y 28 de septiembre de 2005. Artículo 819 del Código civil, que se refiere a la imputación de las donaciones».

De ahí que claramente diferencia la colación, que se trata como hemos visto de una operación de cálculo de legítima, si concurren varios legitimarios y es, «como la define la Sentencia de 17 de diciembre de 1992, la adición contable a la masa hereditaria del valor del bien donado; o, más precisamente, la agregación intelectual que deben hacer al activo hereditario los legitimarios que concurran en una sucesión con otros, de los bienes que hubieren recibido del causante en vida de este, a título gratuito, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de la partición, como dice el artículo 1035 del Código civil».

Por tanto, «el causante puede dispensar de la colación a uno o varios de los legitimarios, pero no puede impedir que se computen para calcular la legítima, por mor del artículo 813 del Código civil. La colación lleva simplemente a una menor participación de uno o varios legitimarios en la herencia equivalente a lo que recibió en vida del causante, pero no evita las operaciones de computación e imputación».

Advierte el magistrado «La demanda, larga y confusa como hay pocas, se reduce a una cuestión esencial: el ejercicio de la acción de suplemento de legítima, proclamada en el artículo 815 del Código civil, derivada del principio de intangibilidad cuantitativa de la legítima y contemplada en la jurisprudencia, como la sentencia de 28 de septiembre de 2005».

En cuanto al «fallo de la sentencia objeto de este recurso, de la Audiencia Provincial, aunque consta en los antecedentes, no es baldío reproducirlos aquí; dice así: Que debemos estimar en parte el recurso planteado por la parte demandante, contra la sentencia de fecha 4 de noviembre de 1999, dictada por el Ilmo. Sr. Juez de Primera Instancia núm. 1 de Gandía, en el procedimiento de menor cuantía núm. 183/97, y revocar parcialmente la citada resolución, en el punto relativo, con relación a la procedencia de *la inclusión del valor de todas las donaciones para el cálculo del caudal hereditario*, así como las operaciones

relativas al montante global, y los tercios correspondientes de legítima, mejora y libre disposición, y lo percibido por el padre de la demandante a cuenta de la legítima estricta y el alcance de la *dispensa de la colación respecto de la tercera donación, debiendo imputarse a la legítima estricta*. Pero en todo caso, se deben mantener los pronunciamientos condenatorios de la parte dispositiva de la sentencia de primera instancia, dado que el aquietamiento de la codemandada a los mismos, y el principio de prohibición de *reformatio in peius* respecto de la apelación de la demandante. No es procedente realizar especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Cuando se refiere a la procedencia («con relación a la procedencia...») a las donaciones («todas»), a las operaciones («relativas al montante global») y a los tercios («de legítima, mejora y libre disposición») y a lo percibido («por el padre de la demandante») ¿qué significa realmente? no se entiende si es un cálculo que se deja a ejecución de sentencia o es una simple declaración de derechos y, desde luego, no se sabe si debe incluirse en la condena hecha por el juez de primera instancia o se declara, además de la condena, sin saber si se ejecuta o no. Ciertamente, la falta de claridad viene del confusionismo de la demanda, confusión que se acrecienta, si cabe, en el recurso de casación.

Alegada la infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y vista la falta de claridad del fallo de la sentencia, débase acoger este primer motivo de casación y asumir la instancia, tal como ordena el artículo 1715.1.3 de la misma ley, al estimarse el motivo comprendido en el primer inciso del número 3.º del artículo 1692 y resolver lo que corresponda en los términos en que aparece planteado el debate, lo que no es otra cosa que resolver la acción de suplemento de legítima partiendo de los hechos y valoraciones que obran en la instancia.

Lo cual implica que no procede entrar a resolver los demás motivos de recurso, ya que se entra directamente en el fondo.

(…)

CUARTO.— Para el cálculo de la legítima, tal como se desprende de lo dicho hasta ahora, se toma el valor del *relictum* y el valor del *donatum* (de todas, sin excepción, donaciones) y para el pago a la sobrina se resta lo que los demandados han adelantado a la misma, la demandante; la donación que hizo la causante a los tres hijos (el padre de la demandante y los dos demandados, uno de los cuales no era donatario, pero declara que había recibido con anterioridad un valor equivalente) en fecha 19 de abril de 1966, con prohibición expresa de colacionar; esta dispensa de la colacionar fundada en el artículo 1036 del Código civil no ha sido revocada —en contra de lo que declara la sentencia de la Audiencia Provincial— ya que no cabe deducir, en perjuicio de la legitimaria, causahabiente del donatario, que se *le revocó tácitamente la dispensa de colacionar, deducido de que en el testamento se le deja solo la legítima estricta; lo cierto es que no revocó, pudiendo hacerlo, la dispensa en dicho testamento*.

Así, correspondiendo, como se ha hecho efectivamente, los cálculos aritméticos a la instancia, la acción ejercitada queda, como se ha dicho: la novena parte de *relictum*, más *donatum* de todas las donaciones, colacionables o no y la indicada donación de 19 de abril de 1966 no se colaciona en la legítima de ninguno de los tres hijos (no plantea problema al no darse colación en ninguno de los legitimarios) y de tal suplemento se descuenta lo que los hermanos demandados han adelantado a su sobrina demandante. En todo caso, lo mínimo será la condena de la sentencia de primera instancia, a la que se ha aquietado la parte demandada, que no la apeló ni ha acudido a casación.

Los frutos y rentas también se reclaman en la demanda en aplicación de lo dispuesto en el artículo 847 del Código civil. Es de observar, en primer lugar, que efectivamente se ha procedido al valorar los bienes al tiempo de liquidar la porción correspondiente, que se ha concretado en el momento de la presentación de la demanda, lo que no plantea cuestión alguna, ni podía plantearla dada la claridad de la norma y la jurisprudencia recaída: Sentencias de 20 de junio de 2005, 21 de octubre de 2005 y 14 de diciembre de 2005. En segundo lugar, no cabe incrementar la cuota de legítima estricta de la demandante con los frutos y rentas producidas por razón de que no constan probados en los autos de instancia. En tercer lugar, desde la fecha de la sentencia de primera instancia, la cantidad que ha sido acordada por la misma devengará el interés legal incrementado en dos puntos y la que resulte del cálculo aritmético según las bases de esta sentencia, desde la fecha de la misma.

En definitiva, el fallo no puede ser otro que estimar el recurso de casación interpuesto por la Procuradora M.ª Isabel Díaz Solano, en nombre y representación de Dª Sonia, contra la sentencia dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia, en fecha 1 de septiembre de 2000, que CASAMOS y ANULAMOS.

Segundo.— En su lugar, estimamos parcialmente la demanda formulada por la referida recurrente y declaramos su *derecho a percibir su cuota-parte de la legítima estricta que le corresponde por derecho de representación, de la herencia de su abuela paterna Dª María Inmaculada que es la novena parte y consiste en el cálculo aritmético de sumar, con las valoraciones declaradas en la sentencia de instancia, el relictum y el donatum, incluyendo en este el valor de todas las donaciones* (las de 19 de abril de 1966 en cuyo cálculo no solo se incluye el valor de lo donado a los herederos José, —padre de la demandante— y Julia, sino también un valor equivalente a lo recibido por cada uno de ellos, por Guillermo que declaró que lo había recibido con anterioridad); tras ello, se restará lo que los demandados ya le han abonado, como consta en la sentencia de instancia. Todo ello, siendo como mínimo la cifra que en la sentencia de primera instancia condena a pagar a la codemandada. Se añaden los intereses legales de la cantidad de dicha sentencia, desde la fecha de la misma, incrementado en dos puntos y los que resulten del cálculo antedicho, desde la fecha de la presente sentencia.

4. STS 2014, de 17 de enero de 2014. Pleno: Ponente ORDUÑA MORENO: Donación inter vivos con dispensa de colación

De nuevo estamos ante una resolución que califica la revocación de la colación, como una de las facultades que asisten al testador, por lo que a su voluntad habrá que estarse.

«Debe señalarse que la reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala, STS de 29 de julio de 2013 (núm. 536/2013), también ha puntualizado la preferencia de la voluntad declarada por el testador y, por ende, de su ordenación dispositiva de la herencia, respecto de una interpretación rigorista de los criterios de vinculación o imputación de donaciones y legados. En efecto, en un supuesto de donación *inter vivos* con dispensa de colación, en la citada sentencia se declara que «la interpretación literal que pudiera establecerse del artículo 825 del Código civil y su posible correlato en el artículo 828 del mismo texto legal (calificación

e imputación de legados como mejora), debe ceder ante la interpretación sistemática o de conjunto que ofrecen los artículos 636 y 1036 del mismo Código civil, todo ello bajo el prisma de la voluntad realmente querida por el testador, como principio rector de la de esta interpretación normativa (675 del CC)». Por lo demás, y en contra de lo argumentado por las recurrentes, no cabe confundir la acción de complemento de la partición (art. 1079 del CC), respecto de la omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia, con la acción de suplemento de la legítima que realmente ejercitan las legitimarias, sobre todo en orden a la validez de la aplicación de la *cautela socini*, verdadera piedra de toque en el objeto de este pleito».

5. Sentencia 473/2018, de 20 de julio de 2018 ponente PARRA LUCÁN. Asunto Mazacruz

Recuérdese que ya hemos traído el tenor literal de dos resoluciones del Tribunal Supremo donde se advierte, de forma indubitada, que «La dispensa de colación hecha en la donación es revocable en testamento», (sentencias de 24 de enero de 2008 y de 29 de noviembre de 2012).

En la STS, 473/2018, de 20 de julio de 2018, también una de las consecuencias declara no colacionable la donación remuneratoria de 135.252 participaciones sociales de Mazacruz S.L., siendo heredera Camila (defendida por Bercovitz); en primera instancia condenan a Camila en los siguientes términos «1.º Declaro nula la escritura de rectificación de operaciones particionales de la herencia del Excmo. Sr. D. Isidoro, Marqués Dirección x, otorgada el día 13 de marzo de 2012; con la salvedad de la colación que la misma efectuó de la donación remuneratoria de 135.252 participaciones sociales de Mazacruz S.L., efectuada el día 19 de mayo de 2000 por D. Isidoro a su hijo D. José Ignacio, y ello en los términos de los fundamentos de derecho tercero y quinto de esta sentencia»[30].

Por la parte que hemos elegido como protagonista, habida cuenta entre otras cuestiones su dirección legal, Camila recurre en apelación donde no son estimadas sus pretensiones e instándose dos autos aclaratorios. En cuanto a Camila sus fundamentos son «El artículo 1035 Código civil establece la regla general de que las donaciones hechas a favor de los herederos forzosos deberán colacionarse. Como excepción el artículo 1036 Código civil dispone que «la colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente o si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa efectuada el 19 de mayo de 2000 por D. Isidoro a su hijo D. José Ignacio. Y además la sentencia recurrida funda la irrevocabilidad de la dispensa de colación contenida en el propio documento de donación aceptado por el donatario en el artículo 1256 Código civil; la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes».

La segunda cuestión relevante, referida a la colación de las donaciones, se subdivide a su vez en otras dos: de una parte, si son colacionables las donaciones remuneratorias; y, de otra, si el causante puede revocar en su testamento la dispensa de colación que hizo al donar.

Apréciese el tenor exacto del testamento, otorgado el 17 de junio de 2003 (complementado por acta de 2004), *Luis Miguel-padre, entre otras disposiciones: deja a su viuda (Luisa-madre) el tercio de libre disposición, lega a las hijas (Sagrario y Luisa-hija), por partes iguales, el tercio de mejora, instituye herederos universales por partes iguales en el tercio de legítima estricta a los cuatro hijos (Luis Miguel-*

hijo y Cristóbal, hijos de un primer matrimonio, y Sagrario y Luisa-hija, hijas de su segundo matrimonio con Luisa-madre), ordena que no sean colacionadas las donaciones a las hijas y que se colacionen todas las donaciones hechas a los hijos varones. Ordena que, para la conservación del grupo de empresas y «en aras de la paz familiar», la legítima de los hijos varones se pague en metálico en el plazo de cinco años desde la muerte del causante».

A mi juicio concurre una discriminación, si bien la resolución sería incongruente ya que ninguna de las partes ha hecho alusión a esta circunstancia, resultando también llamativo cuáles son los móviles sobre la «paz familiar» del causante[31].

La ponente se remonta a las fuente clásicas, ya periclitadas, si bien conviene tenerlas presentes: «f) En la literatura antigua se utilizó como argumento para excluir la procedencia de la colación de la donación remuneratoria la aplicación analógica del artículo 880.5 del código de comercio de 1885, que reputaba fraudulentas las donaciones «que no tengan conocidamente el carácter de remuneratorias», otorgadas después del balance anterior a la quiebra, pero este argumento, que tampoco era definitivo, ha perdido valor. En el vigente artículo 71.2 de la Ley concursal (acciones de reintegración), que presume el perjuicio patrimonial en los actos de disposición a título gratuito, solo se exceptúan legalmente las liberalidades de uso».

Especialmente relevante es el punto siguiente:

«3.— *Revocación de la dispensa de colación hecha en el momento de donar.*

Esta Sala considera que la dispensa de colación hecha en la donación es revocable por el causante. La colación, a diferencia de las acciones de reducción por inoficiosidad, no puede hacer llegar a los demás legitimarios una parte de los bienes donados (art. 1045 CC), pero aumenta la base sobre la que se calcula la participación de los legitimarios llamados a una cuota sin concretar los bienes sobre los que recae (aunque sea la que les corresponda por legítima), con la consecuencia de que el legitimario donatario tomará de menos (art. 1047 CC). En la medida en que supone traer a la masa (en el Código civil, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, solo en la comunidad existente con los herederos forzosos) el valor de los bienes donados, la colación modifica la formación de las cuotas sucesorias. Por eso mismo, la dispensa de colación a que se refiere el artículo 1036 Código civil tiene influencia en la organización de la sucesión y, en consecuencia, es revocable. Se ha discutido sin embargo en la doctrina científica si la dispensa hecha en la propia donación es revocable.

a) No existe una jurisprudencia consolidada de la sala sobre este asunto.

i) Las exposiciones doctrinales citan a favor de la irrevocabilidad algunas sentencias de esta Sala: — La Sentencia de 21 de marzo de 1902, núm. 86 CL (la cita también Luis Miguel-hijo): en el caso, la testadora impone en el testamento la obligación de colacionar lo recibido por donación o dote por sus hijos y nieta, pero, anteriormente, en una donación a una hija había manifestado que la donación de una casa se hacía sin obligación de colacionar. Dice la sentencia que «y aceptada la donación con tales condiciones, sin que consten otras en este particular, es manifiesto que la casa referida estaba exceptuada de colación por la misma testadora, *que pudiendo así irrevocablemente disponerlo mientras la donación no fuera inoficiosa*, como no podía serlo en el presente caso, nada alteró expresamente con respecto a tal excepción». Realmente esta es la única sentencia que se pronuncia sobre la irrevocabilidad de la dispensa.

— La Sentencia de 15 de junio de 1929, núm. 142 CL (la cita también Luis Miguel-hijo): en el caso, el suegro ejercita contra el yerno, y después de la muerte de su hija, una acción de resolución o revocación de la donación que hizo a aquella. La STS dice que el que la hija le diera luego el dinero a su marido en concepto de dote no permite al padre ejercer una acción de resolución contra el yerno, que no fue parte en la donación, por lo que no es aplicable el artículo 1124 del Código civil, y añade: «Siendo también evidente la inaplicación del artículo 1036 de aquel Cuerpo legal en atención a que su pertinencia solo puede tener lugar cuando se discuta por los herederos forzosos acerca de la herencia del donante, pero en modo alguno por este durante su vida, porque esto equivaldría a solicitar la revocación de un acto que no es revocable por su propia naturaleza; es decir, que aquel artículo concede un derecho *post mortem* y en modo alguno efectivo durante la vida del causante de la herencia». En realidad, por tanto, no dice nada de la revocabilidad de la dispensa.

— La Sentencia 1149/2000, de 13 de diciembre (la cita Luis Miguel-hijo en su oposición al recurso): en realidad, en el pleito se discute si la finca era o no colacionable y acreditada por prueba documental la dispensa de colación, y no constando su revocación, se declara que no procede la colación. Luego, para rechazar el motivo del recurso que denunciaba infracción del artículo 1036 Código civil dice: «En efecto, el éxito estimatorio alcanzado por el motivo anterior, hace ineludible el del actual, porque así se infiere del dato de no aplicabilidad del referido artículo 1036 del Código civil que regula la dispensa de la colación, pues del documento público ya mencionado, el donante dispuso expresamente la donación no colacionable de la finca en cuestión. Y en este sentido es preciso tener en cuenta lo que dice la Sentencia de esta Sala de 15 de junio de 1929, cuando en ella se afirma que «solo puede tener lugar la aplicación del artículo 1036 cuando se discuta por los herederos forzosos acerca de la herencia del donante, pero en modo alguno por este donante en su vida, porque esto equivaldría a solicitar la revocación de un acto que no es revocable por su propia naturaleza, es decir, que el artículo 1036 concede un derecho *post mortem* y en modo alguno efectivo durante la vida del causante de la herencia». No dice nada de la irrevocabilidad de la dispensa.

ii) Por el contrario, se citan a favor de la revocabilidad otras sentencias de la sala:

— La Sentencia 224/1989, de 13 de marzo (la cita Luisa-hija en su recurso de casación y la suele citar la doctrina a favor de la revocabilidad en la solución pero con el comentario de que el argumento es «oscuro»): la demandante pide la declaración de nulidad de una cláusula testamentaria que declaraba que el valor de los bienes donados (donaciones hechas expresamente con el carácter de no colacionable) era superior al que figuraba en la escritura, por lo que cubrían con exceso las legítimas de las hijas donatarias, a las que se imputaban, y el exceso a los tercios de mejora y libre disposición; la sentencia utiliza como argumento para rechazar la nulidad de la cláusula testamentaria que «las diferencias que el Código civil establece entre las donaciones no colacionables y las sujetas a colación radica en realidad, en que mientras las segundas han de traerse a la masa hereditaria para su computación (art. 1035 CC), en las no colacionables esto no acontece, si bien puede operarse su reducción en la medida en que resulten inoficiosas por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1036 en relación con los 636 y 654 y en su caso los 819 y 825 del citado Código civil». Cabría entender

que, al admitir la validez de la cláusula testamentaria la sentencia admite la validez de la revocación de la dispensa de colación, pero desde luego no lo dice.

— La Sentencia 29/2008, de 24 de enero (la cita la sentencia de primera instancia y la suele citar la doctrina para decir que la dispensa es revocable): en realidad no contempla un supuesto de revocación, sino un caso de no revocación y dice que porque se le dejara la legítima estricta no se puede interpretar que revocara tácitamente la dispensa de colacionar y añade «lo cierto es que no revocó, pudiendo hacerlo, la dispensa en dicho testamento». Afirma la revocabilidad en un caso en el que no tuvo lugar tal revocación.

— La Sentencia 748/2012, de 29 de noviembre (la cita la sentencia de primera instancia en apoyo de la revocabilidad): en realidad la sentencia se ocupa de un caso de desheredación injusta y se calcula cómo debe computarse las donaciones para calcular la legítima que le corresponde a la demandante. Y para salir al paso de alguna afirmación de la recurrente sobre esa cuestión transcribe la cita de la sentencia anterior 29/2008, de 24 de enero»[32].

Y en estos puntos, está la mejor doctrina sentada por la resolución judicial:

«b) Un sector de la doctrina científica ha argumentado a favor de la irrevocabilidad que la dispensa hecha en la misma donación adquiere carácter irrevocable por la naturaleza contractual del acto en el que se realiza; sería una dispensa acordada, contractual. También que la dispensa formó parte del negocio lucrativo, que fue aceptado por el donatario como un conjunto y la revocación de la dispensa supone alterar la base de aquel negocio.

c) Frente a estos argumentos, sin embargo, esta Sala considera que debe atenderse a la verdadera naturaleza y a la eficacia que el Código civil atribuye a la dispensa de colación. La conclusión no puede ser otra entonces que la de la revocabilidad de la dispensa y la necesidad de estar a la última voluntad del causante.

La dispensa es una declaración de voluntad que da lugar a que la partición se deba realizar sin tener en cuenta en ella las liberalidades percibidas en vida por los legitimarios. Se trata, por tanto, de un acto de naturaleza y eficacia *mortis causa*, regido por el principio de la revocabilidad por el que, como opción de política legislativa, se inclina el Código civil, tal y como con claridad resulta de los artículos 737 y 1271 Código civil así como de las escasas excepciones en las que el código acepta la eficacia de un contrato sucesorio (art. 826, promesa de mejorar en capitulaciones; art. 827, mejora contractual irrevocable; art. 1341, donación en capitulaciones de bienes futuros).

Con independencia de la forma en que se manifieste y del documento que la recoja, la dispensa de colación no pierde su naturaleza de declaración unilateral y revocable. Afirmar que la dispensa formó parte del negocio lucrativo aceptado por el donatario implicaría convertir la dispensa en causa de la donación y sostener que el donatario aceptó la donación por su carácter no colacionable, lo que resulta difícil de imaginar, solo podría dar lugar, en su caso, a plantear bien el error en la aceptación bien la renuncia a la donación. A ello debe sumarse que, sabiendo que la dispensa es un acto unilateral y revocable, el donatario que acepta la donación siempre debe asumir que el causante puede revocar su decisión para privarle, no de la donación, sino de las expectativas que tuviera de recibir más en la sucesión, por lo que una revocación de la dispensa, como la revocación de otro acto dirigido a ordenar la sucesión, nunca puede considerarse que contraríe los actos propios.

A efectos prácticos cabe añadir que es ilógico considerar irrevocable la dispensa cuando el causante puede lograr el mismo efecto disminuyendo la cuota de institución[33] del donatario, por ejemplo, mediante donaciones no colacionables a los demás[34].

Sigue el fundamento cuarto:

Colación de la donación. Donación remuneratoria. Revocación en testamento de la dispensa hecha en la donación

1. La sentencia recurrida consideró que la donación de fecha 19 de mayo de 2000 no era colacionable y que, en consecuencia, procedía reconocer el complemento de la legítima solicitado por Luis Miguel-hijo. Las tres recurrentes combaten ambos pronunciamientos. Esta Sala considera que la donación de fecha 19 de mayo de 2000 es colacionable y que, en consecuencia, Luis Miguel-hijo no tiene derecho a percibir nada en la herencia porque la donación que recibió supera su legítima, que es lo que el testador quiso dejarle en su testamento; por tanto, no procede estimar su acción de complemento de la legítima. Todo ello por las razones que exponemos a continuación.

2. La colación de la donación remuneratoria depende de la voluntad del causante. En el presente caso, debemos partir de que la donación es remuneratoria (lo que es discutido por Luisa-madre en su recurso), porque así se estableció en el procedimiento anterior en el que se discutió sobre la validez de la donación. En principio, esta calificación tiene interés porque es uno de los argumentos utilizados para negar que proceda la colación. Hay que advertir, sin embargo, por lo que se dirá a continuación, que a juicio de esta Sala resulta irrelevante que la donación sea remuneratoria, porque la colación de la donación remuneratoria depende de la voluntad del causante, que es a la que debe estarse en todo caso.

La colación de la donación remuneratoria es un problema que no está resuelto de manera específica en la ley, es discutido en la doctrina científica y no ha sido zanjado hasta la fecha por la jurisprudencia.

a) El Código civil no alude a la colación en las donaciones remuneratorias, ni para decir que no se colacionan ni para impedir al causante que imponga la colación. El artículo 1041 Código civil excluye la colación de algunos gastos (alimentos, educación, curación de enfermedad); el causante no puede imponer su colación porque tampoco son liberalidades. El artículo 1042 Código civil deja en cambio en manos del causante la colación de algunos gastos (por ejemplo, los destinados a dar al hijo una carrera profesional).

b) Por lo que se refiere a la jurisprudencia, las partes han citado en las distintas instancias sentencias a favor y en contra de la colación de las donaciones remuneratorias, pero ninguna de ellas resulta definitiva. Luis Miguel-hijo, en su demanda, en contra de la procedencia de la colación citó la Sentencia 613/2005, de 29 de julio. En ese caso, la sentencia de apelación declaró la inexistencia de una compraventa por simulación y la ilicitud de la causa de una donación remuneratoria (ocho años de servicios como secretaria-enfermera ayudante de una persona con parálisis) por haberse realizado en fraude de los derechos de los legitimarios; esta Sala confirmó tal sentencia porque entendió que, aunque era muy digno de reconocimiento lo realizado, no se podía valorar la cuantía de lo que superaría la supuesta remuneración, que la actividad además ya había sido remunerada y que, en cualquier caso, en lo que excediera de la retribución podría reducirse por inoficiosa. En conclusión, la doctrina de esta sentencia poco tiene

que ver con lo que ahora se analiza, ni realmente beneficia al demandante ahora recurrido. De hecho, quien cita ahora a su favor esta sentencia es Luisa-hija en su recurso de casación (pp. 29 y 30) para argumentar, subsidiariamente: 1) que en lo que exceda del valor de lo remunerado debería colacionarse y 2) que la causa remuneratoria se sitúa en la órbita de los negocios gratuitos, y no en la de los negocios onerosos (que es otra afirmación que se contiene en la sentencia 613/2005, de 29 de julio).

Por su parte, en la contestación a la demanda Sagrario citó unas sentencias de esta Sala que, según decía, admitían la colación de la donación remuneratoria. Buscadas y leídas hay que concluir que nada tienen que ver con la colación, sino con la operación de computación y con la inoficiosidad de las donaciones. Su doctrina no es aplicable al caso, donde ninguna de las partes se opone a sumar la donación para el cómputo de la legítima y nadie sostiene que la donación sea inoficiosa. Así, en la Sentencia 463/1984, de 12 de julio, se ejercita una acción de reducción de donaciones en lo que perjudiquen la legítima, en un caso en el que se había realizado una donación con la carga de vivir en el caserío; después de fallecer el padre, la madre da por cumplida la convivencia para la plena efectividad de la donación, y la sentencia dice que en realidad no era una donación (sociedad/mancomunidad uso del país) y que en cualquier caso, si lo fuera, para reducir la donación habría que probar en qué medida lo donado excede del gravamen. Y en la Sentencia 881/1989, de 29 noviembre, lo que se analiza es la inoficiosidad de una donación remuneratoria simulada.

c) Un sector de la doctrina científica invoca la aplicación del artículo 622 del Código civil, que conduciría a la colación de la donación por lo que exceda de la remuneración. En el caso, se trata de una petición subsidiaria de las tres recurrentes, que ya la plantearon como tal en sus contestaciones a la demanda. De hecho, la principal dificultad práctica que comporta la aplicación a las donaciones remuneratorias del artículo 622, esto es, cómo determinar la diferencia entre el servicio remunerado y el valor de los bienes donados, se habría tratado de superar por las demandadas mediante la aportación en el juicio de una pericial referida a lo que cobraría un consejero por las gestiones que hizo el hijo en la empresa y por las que se le remuneraría. En ese dictamen, con distintos métodos, se alcanzaban diferentes resultados. La sentencia de apelación no entró a valorar los servicios remunerados porque consideró que no era colacionable, pero la sentencia de primera instancia hizo mención a ese informe.

Pero cabe formular objeciones a la aplicación de la tesis de la naturaleza mixta de estas donaciones en sede de colación, por lo que es descartada por esta Sala. No es de extrañar que tanto las recurrentes (como argumento principal para apoyar su tesis de la colación completa de la donación, incluso por aquellas recurrentes que aceptan como hecho que la donación es remuneratoria) como el recurrido (para negar que proceda la colación en ninguna cuantía) invoquen la jurisprudencia de esta Sala que, desde la sentencia del pleno 1394/2007, de 11 de enero, en materia de forma y simulación, ha declarado que el artículo 622 Código civil se aplica a las donaciones con carga, pero no a las remuneratorias. La citada sentencia expresamente dice que, a pesar de su tenor literal, el artículo 622 «es absolutamente inaplicable a la donación remuneratoria, en cuanto que, por definición, artículo 619 del Código civil, no se impone ningún gravamen al donante, sino que se remuneran servicios ya prestados que no constituyan deudas exigibles». Más recientemente, la Sentencia 828/2012, de 16 de enero de 2013, ha reiterado, en sentido parecido, «que la remuneratoria no tiene ningún régimen especial, es el móvil remuneratorio el que guía el *animus*

donandi del donante, móvil indiferente jurídicamente para el derecho, que no causa del negocio jurídico».

Podría argumentarse que la forma es indivisible y la colación no, lo que explicaría que en un caso no pudiera aplicarse el artículo 622 y en otro sí. Sin embargo, las razones que se exponen a continuación llevan a concluir que la remuneratoria es una donación que como tal debe tratarse en la sucesión, tanto a efectos de la computación, esto es, del cálculo de la legítima (lo que Luis Miguel-hijo expresamente admite, porque le conviene) como a efectos de su colación.

d) El agradecimiento no se puede fragmentar ni cabe pensar que solo se quiso donar, en su caso, por el exceso. No cabe establecer una proporción entre el valor del servicio y el objeto de la donación, y el donante puede valorar los servicios en lo que quiera, con independencia de su valor objetivo. Por eso no es despreciable el argumento de Luis Miguel-hijo de que su padre hizo la donación asesorado por una consultoría y le donó exactamente las participaciones que le donó porque calculó que esa era la retribución que le correspondía, porque la causa de la donación remuneratoria es indivisible.

e) La causa de la donación es indivisible y responde al ánimo liberal; la remuneración es un móvil subjetivo para hacer la donación, pero no la causa de la donación (art. 1274 CC). Otra cosa sería que, en los casos en los que la remuneración se eleve a motivo causalizado, la existencia de error acerca de la realidad de los servicios, permitiera impugnar la validez de la donación.

f) En la literatura antigua se utilizó como argumento para excluir la procedencia de la colación de la donación remuneratoria la aplicación analógica del artículo 880.5 del código de comercio de 1885, que reputaba fraudulentas las donaciones «que no tengan conocidamente el carácter de remuneratorias», otorgadas después del balance anterior a la quiebra, pero este argumento, que tampoco era definitivo, ha perdido valor. En el vigente artículo 71.2 de la Ley concursal (acciones de reintegración), que presume el perjuicio patrimonial en los actos de disposición a título gratuito, solo se exceptúan legalmente las liberalidades de uso.

g) El principal argumento en contra de la colación de las donaciones remuneratorias es una aplicación de la misma objeción que los autores que la formulan hacen genéricamente a la propia colación, por la que sin embargo ha optado el legislador, si bien dotándola de un carácter disponible para el causante que hizo la donación. La idea de que si la donación remuneratoria es expresión de agradecimiento a unos servicios perdería su naturaleza si se computara en la cuota sucesoria, es igualmente afirmada por los críticos respecto de la colación de las donaciones simples, para las que se dice que la colación destruye la esencia de la donación, porque entonces no se enriquecería al donatario, sino que solo se le anticiparía lo que le correspondería cuando el patrimonio del donante se convirtiera en herencia. Pero, como se ha dicho, es el Código civil el que prevé la colación de las donaciones, sin distinción.

h) En el Código civil la colación, que no tiene por finalidad proteger la legítima, tiende a procurar una cierta igualdad en lo que han recibido los legitimarios llamados a una cuota. Por eso, en el diseño legal, cuenta con una regulación netamente dispositiva. Por tanto, para concretar en cada caso el alcance de la colación debe estarse a la voluntad del causante. *La peculiaridad en la colación de la donación remuneratoria es que, en función de las circunstancias, puede llegar a interpretarse la voluntad del causante de que no se colacione la donación*. Es decir, que, aunque el donante/causante no lo ordene expresamente, la referencia a la remuneración de servicios, junto a otros datos, puede revelar la voluntad implícita

de que no se colacione. A pesar de que el artículo 1036 del Código civil exige que la dispensa sea expresa, puesto que no son necesarias fórmulas sacramentales, puede ser suficiente una voluntad no ambigua que resulte con claridad de la interpretación de la voluntad. La colación de la donación remuneratoria depende, en definitiva, como la de las donaciones simples, de la voluntad del causante.

i) En el caso, lo que ha sucedido es que el causante dispensó de la colación en el documento privado de donación, pero en el testamento otorgado en escritura pública dijo que las donaciones a los hijos varones eran colacionables. Puesto que en el momento de otorgar testamento solo se había realizado a favor de Luis Miguel-hijo la donación que estamos considerando, es obvio que el testador se estaba refiriendo a ella y, si no la mencionó por su fecha es, precisamente, porque el causante negaba su validez, lo que mantuvo en el proceso iniciado por el hijo contra él, así como en una querella contra el hijo. Declarada por sentencia firme la validez de la donación, es evidente la voluntad testamentaria del causante de que se colacione. La cuestión, por tanto, es independiente de si la donación es o no remuneratoria y lo que plantea es un problema diferente, el de la revocabilidad de la dispensa de colación.

El fallo

1.º— Estimar el recurso de casación interpuesto por D.ª Camila y estimar parcialmente los recursos de casación interpuestos por D.ª Adriana y D.ª Raimunda contra la Sentencia de fecha 28 de enero de 2015, aclarada por autos de 23 de septiembre de 2015 y de 13 de octubre de 2015, dictados por la Audiencia Provincial de Albacete (Sección 2.ª), en el rollo de apelación 82/2014, dimanante de los autos de juicio ordinario 1529/2012 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Albacete.

2.º— Casar en parte la sentencia recurrida, en el sentido de revocar y dejar sin efecto los pronunciamientos contenidos en las letras b) y c), y revocar igualmente el reconocimiento del derecho a cobrar los intereses a que se refieren los autos de aclaración de 23 de septiembre de 2015 y de 13 de octubre de 2015.

En su lugar, desestimar la pretensión de D. José Ignacio contenida en la demanda que interpuso en su día y dirigida a que se declarara no colacionable la donación remuneratoria de 135.252 participaciones sociales de MAZACRUZ S.L. efectuada el 19 de mayo de 2000 por D. Isidoro a su hijo D. José Ignacio. Desestimar igualmente la pretensión de declaración del derecho de D. José Ignacio al complemento en metálico de la legítima en la suma de 2.996.924,55 así como a los intereses solicitados.

Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia[35].

6. Sentencia, de 1 de febrero de 2016, por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

En todo caso, la STS se dicta después del Laudo arbitral, del que se instó su nulidad.

Declara la Sentencia, de 1 de febrero de 2016, por Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid: Debemos centrarnos, pues, en los hechos que principalmente se alegan en torno a este motivo: haberse desestimado en el laudo cuestiones relativas a la eficacia del convenio arbitral, a la arbitrabilidad de la controversia y la conducta abusiva y fraudulenta de las partes demandantes en el arbitraje, a pesar de estimarse un defecto de legitimación pasiva al no

haberse llamado al proceso arbitral a la sociedad MAZACRUZ sobre la que se pretendía su disolución. En estos términos, se considera en la demanda que el laudo habría incurrido en una violación del orden público procesal, por cuanto para la resolución sobre esas cuestiones debería haberse esperado a la constitución de la relación jurídica procesal con MAZACRUZ.

Resuelve a dicha alegación: El principio de orden público procesal que se alega como infringido —el litisconsorcio pasivo necesario o los defectos litisconsorciales— no tiene, sin embargo, relación directa con este defecto apreciado en el laudo. La falta de litisconsorcio pasivo necesario es, en efecto, un presupuesto procesal de orden público, pero que en absoluto ha sido infringido en el laudo impugnado. En este, se aprecia la necesidad de constituir la relación jurídico procesal con una interesada más en las cuestiones debatidas, al objeto de que pueda afectarle la resolución final del procedimiento arbitral. Ese pronunciamiento por sí solo determina la carencia de cualquier efecto de cosa juzgada respecto de MAZACRUZ de lo decidido en el procedimiento arbitral en su ausencia, que es lo que realmente protege ese presupuesto procesal de orden público, apreciable por ello de oficio.

Decisión del Tribunal:

La cláusula arbitral contenida en el artículo 26 de los Estatutos sociales de MAZACRUZ, S.L. dispone:

«ARBITRAJE: Todas las cuestiones que puedan suscitarse entre los accionistas y la sociedad o entre aquellos directamente por su condición de tales, serán sometidos a arbitraje de equidad, regulado en la Ley de Arbitraje española de 5 de diciembre de 1988, comprometiéndose las partes a estar y pasar por el laudo que en su caso se dicte, sin perjuicio de su derecho de acudir ante los tribunales de justicia y de lo previsto en las leyes para la impugnación de acuerdos sociales».

En relación a esta cláusula, la ahora demandante cuestionó en el procedimiento arbitral, según se plasma en el laudo, la existencia o la eficacia del convenio arbitral porque consideraba que se había novado extintivamente, no porque facultara alternativamente a las partes a acudir a los Tribunales de Justicia o al arbitraje. Esta causa de invalidez del convenio arbitral se suscita por primera vez al ejercitar ahora la acción de anulación del laudo arbitral. El artículo 6 de la Ley de Arbitraje es categórico, sin embargo, al respecto: «Si una parte, conociendo la infracción...de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta Ley». Puesto en relación este precepto con el artículo 9.5 de la misma Ley de Arbitraje (Se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra), debe entenderse que el aquí demandante renunció tácitamente a la impugnación de la validez del laudo arbitral por esta causa que alega.

(…)

Respecto a la novación extintiva del convenio arbitral, que se propugna por la demandante en función de haberse acudido en los numerosos pleitos mantenidos entre las partes a la jurisdicción de los Tribunales de Justicia, tampoco puede ser aceptada. Por un lado, toda novación debe ser inequívoca. En nuestra Sentencia de 21 de abril de 2015 (ROJ: STSJ M 6511/2015-ECLI:E

S:TSJM:2015:6511) ya pusimos de manifiesto respecto de la novación que «el efecto extintivo de la obligación a que se refiere es excepcional y no puede presumirse, exigiéndose una declaración expresa, habiéndose ampliado del referido concepto de manera que no solo comprende el tradicional de la novación extintiva, sino también de la impropia o meramente modificativa , debiendo entenderse que es esta última la que se produce en todos los supuestos del artículo 1203 del Código civil, salvo que, como previene el artículo 1204 otra cosa se manifieste terminantemente por las partes o que la antigua y la nueva obligación sean de todo punto incompatibles. Debiendo tener presente, además, que la novación ha de ser acreditada cumplidamente por quien la sostenga y no bastan meras suposiciones para declararla probada, tal como ha enseñado el Tribunal Supremo, el cual ha precisado que es constante y reiterada doctrina de esta Sala la de que la novación, sea modificativa, sea extintiva, nunca se presume, ni puede inferirse de meras deducciones o conjeturas, debiendo constar de modo inequívoco la voluntad de novar y, bien por manifestarse con claridad de forma expresa bien por inducirse de actos de significación concluyente, sin que de ningún modo sea suficiente el simple conocimiento de la sustitución, doctrina mantenida en las STS de 8 de julio de 2002 y 27 de septiembre de 2002 entre otras»

(…)

En definitiva, fueran cuantos fueren los pleitos que han mantenido o mantienen las partes ante los Tribunales de Justicia, aunque se promovieran para la resolución de controversias incluidas en el convenio arbitral, ello no implica renuncia alguna total y absoluta al arbitraje estatutario convenido (sujeto además tras la reforma de la Ley de Arbitraje realizada por Ley 11/2011, de 20 de mayo a una mayoría cualificada) ni una novación extintiva, que requeriría de actos concluyentes e inequívocos, que aquí no concurren.

En cuanto a la eficacia del convenio para dirimir una controversia sobre disolución y liquidación de MAZACRUZ, debe atenderse en abstracto —dado que el laudo excluye expresamente pronunciarse sobre cuestiones de fondo por no estar bien constituida la relación jurídico procesal—, al ejercicio de una acción tendente a la disolución o liquidación de la sociedad, no a la concurrencia o no de una causa legalmente establecida.

La referida cláusula arbitral deriva al arbitraje la resolución de todas las cuestiones que puedan suscitarse entre los accionistas y la sociedad o entre aquellos directamente por su condición de tales, por lo que no excluye la disolución y la liquidación de la sociedad.

Partiendo así de la arbitrabilidad, en principio, de la controversia de la disolución societaria como uno de los conflictos posibles en el seno de la sociedad en cuyos estatutos se integró esa cláusula, la decisión sobre si concurre o no una causa legal de disolución de la sociedad es una de las principales cuestiones de fondo que deberá afrontar el árbitro, si se inicia o se ha iniciado (como alega el demandante) un nuevo procedimiento arbitral corrigiendo los defectos en la constitución subjetiva de la relación jurídico procesal.

El segundo motivo de anulación debe ser así desestimado

(…)

Decisión del Tribunal:

«El laudo objeto de impugnación en este procedimiento omite, en efecto, cualquier pronunciamiento sobre si la pretensión de disolución de la sociedad

MAZACRUZ tiene por objeto evitar que produzcan efecto resoluciones judiciales firmes dictadas en varios de los procedimientos seguidos entre las partes.

Pero tal omisión es totalmente congruente con la decisión que adopta el laudo de concluir el procedimiento arbitral al estar defectuosamente constituida la relación jurídico-procesal. Difícilmente se habría respetado el derecho de defensa de la sociedad que no había sido demandada si el laudo se pronunciara, sin la intervención de esa parte, en esta cuestión suscitada por otra de las partes».

7. STS, núm. 375/2019, de 27 de junio de 2019, siendo ponente la Excma. Sra. D.ª M.ª Ángeles PARRA LUCÁN

«No se discute por las partes que debe partirse de la operación puramente contable de sumar al "relictum" líquido el valor del "donatum", lo que permite fijar la base del cálculo de la legítima global de los litigantes (art. 818 CC). Lo que discuten las partes es si lo recibido "inter vivos" por los legitimarios recurrentes debe reducirse para hacer efectivo el legado del tercio libre hecho a favor del legitimario recurrido (que es lo que hizo el contador partidor y ha sido respaldado por la sentencia recurrida) o si, por el contrario, como argumentan en su primer motivo los recurrentes donatarios, las donaciones se imputan primero a la legítima estricta de cada uno de los legitimarios donatarios y, en el exceso, al tercio libre, sin que proceda la reducción de las donaciones más allá de lo necesario para cubrir la legítima del no donatario, aunque en el testamento se haya dispuesto a su favor de la parte libre a título de legado. Esta segunda es la interpretación correcta a la vista de lo dispuesto en los artículos 819, 820 y 825 Código civil. Según el artículo 819 Código civil: "Las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejoras, se imputarán en su legítima. Las donaciones hechas a extraños se imputarán a la parte libre de que el testador hubiese podido disponer por su última voluntad. En cuanto fueren inoficiosas o excedieren de la cuota disponible se reducirán según las reglas de los artículos siguientes". A continuación, el artículo 820.1.º del Código civil establece que: "Fijada la legítima con arreglo a los dos artículos anteriores, se hará la reducción como sigue: Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento". Y, conforme al artículo 825 Código civil: "Ninguna donación por contrato entre vivos, sea simple o por causa onerosa, en favor de hijos o descendientes, que sean herederos forzosos, se reputará mejora, si el donante no ha declarado de una manera expresa su voluntad de mejorar"[36].

Debemos partir de que en el caso las donaciones litigiosas no tienen el carácter de mejora, como dice la sentencia recurrida, porque la mejora mediante donación (como dice el art. 825 CC, a diferencia de lo que sucede con los legados que no caben en la parte libre, conforme al art. 828 CC) siempre debe ser expresa, lo que en el caso no se da. El orden de imputación de las donaciones a los hijos, por tanto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 819 del Código civil es, primero a su legítima y, en lo que exceda de su cuota legitimaria, como dice la sentencia 502/2006, de 29 de mayo, los legitimarios deben ser tratados como extraños, es decir, que el exceso ha de imputarse a la parte de libre disposición, y es el exceso sobre esta parte el que será objeto de reducción. La cuestión es si la reducción de las donaciones debe hacerse solo en la medida en que se lesiona la legítima del hijo no donatario, a quien la causante ha favorecido con un

legado del tercio de mejora, o si además deben reducirse para cubrir el legado del pleno dominio del tercio de libre disposición que la causante ordenó a favor del mismo hijo no donatario. Para dar respuesta a esta cuestión debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 820.1.º del Código civil, que ordena respetar las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima. Esta previsión es coherente con la regulación de la reducción de las donaciones inoficiosas contenida en los artículos 636 y 654 a 656 del Código civil. En consecuencia, aunque en el testamento de la causante se dispuso íntegramente de la parte libre mediante un legado a favor del hijo no donatario, de conformidad con el artículo 820.1.º del Código civil las donaciones que no dañen la legítima deben ser respetadas. En el caso, el contador-partidor considera que procede reducir las donaciones más allá de lo que exige el respeto a la legítima lo que, por lo dicho, no es correcto. Por todo ello procede estimar el primer motivo del recurso de casación, casar parcialmente la sentencia recurrida y estimar la oposición formulada en su día por los ahora recurrentes contra las operaciones particionales realizadas por el contador-partidor, que deberán corregirse, de acuerdo con lo razonado en el siguiente sentido: imputando primero las donaciones recibidas por los recurrentes a su parte en la legítima estricta y el resto al tercio de libre disposición. Por ello, tales donaciones solo deben reducirse, a prorrata, en lo que lesionen la legítima de D. Gonzalo (integrada por la legítima estricta y el tercio de mejora) pero, en cambio, no deben reducirse para cubrir el legado de la parte libre».[37]

8. STS 134/2019, de 6 de marzo siendo ponente D.ª M.ª Ángeles PARRA LUCÁN

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D.ª Daniela y D. Teodoro, representados por la procuradora D.ª María del Carmen Ortiz Cornago bajo la dirección letrada de D. Antonio Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos, contra la Sentencia dictada en fecha 24 de junio de 2016 por la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación núm. 258/2015 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1038/2013 del Juzgado de Primera Instancia núm. 44 de Madrid, sobre dispensa de colación de bienes donados. Ha sido parte recurrida D.ª Eufrasia, representada por la procuradora D.ª Raquel Gómez Sánchez y bajo la dirección letrada de D. Ramón López Vilas.

D.ª Daniela y D. Teodoro interpusieron demanda de juicio ordinario contra D.ª Eufrasia, en la que solicitaban se dictara sentencia por la cual se declarase que: «1. La cantidad de 781.315,74 € (setecientos ochenta y unos mil trescientos quince euros con setenta y cuatro céntimos de euro) entregada por D. Teodoro a D.ª Eufrasia constituye una liberalidad y por lo tanto, una donación.

«2. Que dicha donación debe ser colacionable y su valor actualizado, debiendo computarse en la herencia de D. Alejandro.

«3. Que se impongan las costas a D.ª Eufrasia

Sentencia «Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda formulada por la procuradora D.ª María del Carmen Ortiz Cornago en nombre y representación de D.ª Daniela y D. Teodoro, contra D.ª Eufrasia representada por la procuradora D.ª Raquel Gómez Sánchez y contra D.ª Otilia, representada por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y, en consecuencia, debo declarar que la cantidad de 781.315,74 € entregada por D. Alejandro a D.ª Eufrasia, constituye

una liberalidad y por tanto una donación y que dicha donación debe ser colacionable y su valor actualizado, debiendo computarse en la herencia de D. Alejandro, imponiendo a la demandada D.ª Eufrasia las costas causadas a la parte actora y sin que se haga expresa imposición de las mismas con respecto a D.ª Otilia

Eufrasia recurre y la AP estima «Que estimando el recurso de apelación interpuesto por D.ª Eufrasia contra la Sentencia de fecha 15 de octubre de 2014, dictada por la titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 44 de Madrid , en el procedimiento núm. 1038/2013, de que este rollo dimana, debemos revocar y revocamos dicha resolución, y desestimamos la demanda entablada por D.ª Daniela y D. Teodoro frente a D.ª Eufrasia y D.ª Otilia, imponiendo las costas de la primera instancia a los demandantes y sin especial pronunciamiento sobre las de esta alzada».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Cuestión jurídica planteada y antecedentes*

El litigio causante de los presentes recursos versa sobre la dispensa de colación de una donación y su revocabilidad. La Sala reitera su doctrina, sentada en la Sentencia 473/2018, de 20 de julio, de que, en atención a la naturaleza y a la eficacia que el Código civil atribuye a la dispensa de colación, la regla es su revocabilidad y es preciso estar a la última voluntad del causante

En los hechos se explica cómo fue hecha la revocación o dispensa.

2.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró que la donación era colacionable. El *juzgado razonó que no se plasmó de manera clara e inequívoca la voluntad de dispensar de la colación ni en el mismo acto de la donación, ya que por carta dijo que lo haría en testamento, ni posteriormente al revocar expresamente el testamento que contenía dicha dispensa y no hacerla constar en los posteriores testamentos*. El juzgado explicó que la dispensa de colación es sustancialmente una estipulación «mortis causa» que no despliega sus efectos hasta el momento de la muerte del otorgante y es esencialmente revocable; añadió que, como excepción, es irrevocable si se plasma en el mismo instrumento de la donación, pero que en el caso no se hizo la dispensa en el mismo momento de la donación sino que el causante manifestó por la carta dirigida a la hija el 10 de enero de 1998 que haría constar su voluntad en un momento posterior al tiempo de otorgar testamento, y así lo hizo en el testamento de 3 de abril de 1998; puesto que este testamento fue revocado por otro posterior en el que no se hizo dispensa de colación y posteriormente el padre otorgó otros testamentos en los que tampoco incluyó una dispensa de colación, la donación es colacionable.

(…)

«La Audiencia razonó que "la dispensa de colación que realizó el causante y formalizó, documentándola, en la carta de fecha 10 de enero de 1998[38], era irrevocable, cualesquiera fueren sus posteriores disposiciones testamentarias, y no era menester una explícita indicación de descargo en el testamento vigente al tiempo del óbito". A continuación, la Audiencia hizo "una última precisión (...) saliendo al paso de razones expuestas al impugnar el recurso de apelación, pues, en el supuesto de que se entendiera ya consumada la donación con anterioridad a la emisión de la carta por el donante, tal vicisitud no impediría que la dispensa pudiera realizarse después de la liberalidad, como acto posterior dotado de autonomía"».

Sobre la forma de la revocación hecha por carta sostiene la ponente:

TERCERO.- *Recurso extraordinario por infracción procesal. Desestimación.*

Los dos motivos del recurso por infracción procesal van a ser desestimados por las siguientes consideraciones. En el primer motivo la *parte recurrente impugna la valoración que realiza la sentencia recurrida de la carta que envió el causante a su hija el 10 de enero de 1998 para atribuirle la eficacia de una dispensa de la colación de la donación, prescindiendo, dice la Recurrente, de la verdadera voluntad del causante expresada en los testamentos que otorgó y, en particular, en el de 5 de junio de 2000, en el que no se dispensaba* de la obligación de colacionar y revocaba el anterior de 3 de abril de 1998 que sí lo hacía. En el segundo motivo la parte recurrente insiste en que la sentencia presume la voluntad del donante de dispensar de la obligación de la donataria de colacionar a partir de la carta de 10 de enero de 1998, cuando falleció el 24 de febrero de 2009, bajo testamento otorgado en el 26 de diciembre de 2007 en el que no se dispensaba de la colación. Para la desestimación de ambos recursos debemos partir de la doctrina reiterada de esta Sala conforme a la cual no cabe confundir falta de motivación con desacuerdo con la misma (Sentencia 29/2016, de 4 de febrero, con cita de otras anteriores). De acuerdo con esta doctrina, la sentencia cumple la exigencia constitucional de motivación cuando exterioriza las razones de su decisión y los razonamientos sobre los que asienta su fallo (entre otras, Sentencia 194/2016, de 29 de marzo), no cabe alegar en el recurso por infracción procesal cuestiones sustantivas, que pertenecen al ámbito del recurso de casación (Sentencia 333/2016, de 19 de mayo, entre otras) y los errores en la valoración de la prueba deben afectar a la fijación de hechos y no a la valoración jurídica (Sentencia 613/2015, de 10 de noviembre). En el caso, no hay falta de motivación, sin perjuicio de que la parte recurrente la considere desacertada, pues la sentencia recurrida motiva suficientemente las razones por las que considera que *la expresión de la voluntad del padre reflejada en su carta es una dispensa de la colación irrevocable*, que es la razón de su decisión desestimatoria de la demanda. Bajo la denuncia de falta de motivación y de errónea valoración de la prueba la parte recurrente realmente lo que está planteando son cuestiones jurídicas, fundamentalmente las relativas a la exigencia de forma de la dispensa de colación cuando no se hace en el mismo acto de la donación, así como la eficacia revocatoria de un testamento posterior que no salva expresamente la disposición de un testamento anterior por la que se dispensaba de la colación de la donación. De hecho, a lo largo de los siete motivos del recurso de casación se plantean las mismas cuestiones que se desarrollan en el recurso por infracción procesal que, por lo tanto, debe ser desestimado.

(…)

CUARTO. - Recurso de casación. Estimación.

1.- Los demandantes solicitaron que se declarase que la donación recibida por su hermana en diciembre de 1997 era colacionable en la herencia del padre fallecido. Así lo estimó al juzgado, al valorar que, si bien el padre había dispensado de la colación de la donación en su testamento de 3 de abril de 1998, revocó dicho testamento con posterioridad, sin establecer dispensa de colación en ninguno de los cinco testamentos que otorgó con posterioridad, incluido el otorgado en último lugar y que rige la sucesión.

La razón fundamental por la que sentencia de la Audiencia, que es la recurrida, desestima la demanda es porque considera que «la dispensa de colación que realizó el causante y formalizó, documentándola, en la carta de fecha 10 de enero de 1998, era irrevocable, cualesquiera fueren sus posteriores disposiciones

testamentarias, y no era menester una explícita indicación de descargo en el testamento vigente al tiempo del óbito».

El razonamiento de la Audiencia parte, en primer lugar, de que la voluntad del causante, cuando hizo la donación, era dispensar de la colación, lo que apoya en una serie de argumentos (la voluntad expresada en la carta de 10 de enero de 1998 de equiparar económicamente a la hija donataria con sus hermanos, el que dispensara de la colación las donaciones hechas a sus hijos en el testamento de 3 de abril de 1998, la declaración de otra hermana en el sentido de que su padre había querido equilibrar la situación de sus hijos en el patrimonio familiar). En segundo lugar, considera que la donación fue expresamente aceptada por la donataria mediante la carta de fecha 16 de enero de 1998 que dirigió a su padre, en la que «alude asimismo a «...las disposiciones que has decidido realizar en orden a la perfecta salvaguarda de mis derechos...», de donde se sigue [dice la Audiencia] la perfección del contrato». A partir de ahí razona la Audiencia que «es mayoritaria, si no pacífica, la tesis que sostiene, conforme a nuestro Derecho Histórico, la irrevocabilidad de la dispensa de colación plasmada en el propio instrumento de donación o simplemente dispuesta junto a la liberalidad, pues en tal supuesto forma parte del contrato de donación en cuya perfección intervinieron no solo el donante sino también el donatario con su aceptación —*vid*. artículos 618 , 623 y concordantes del Código civil— de tal forma que el pacto sobre colación pasa a tener una naturaleza bilateral, cuya validez y cumplimiento no puede quedar al arbitrio de uno de los contratantes, conforme a la disciplina del artículo 1256 del Código civil». 2.— El razonamiento por el que la Audiencia desestima la demanda se basa en la naturaleza bilateral, contractual y, por tanto, no revocable por el causante de una dispensa de colación hecha «en el propio instrumento de donación o simplemente dispuesta junto a la liberalidad». Este razonamiento no es conforme con la doctrina sentada en la Sentencia de Pleno 473/2018, de 20 de julio, que establece que la dispensa de la colación es revocable, aunque hubiera sido realizada en la misma donación, y con independencia del móvil subjetivo por el que se hizo la donación. En la citada Sentencia 473/2018 nos pronunciamos acerca de esta cuestión, que no es pacífica en la doctrina científica —aunque en la actualidad es mayoritaria la opinión a favor de la revocabilidad— y sobre la que no existía jurisprudencia consolidada de la Sala, tal y como con detalle expusimos en esa ocasión. Dijimos en esta sentencia: «[D]ebe atenderse a la verdadera naturaleza y a la eficacia que el Código civil atribuye a la dispensa de colación.

La conclusión no puede ser otra entonces que la de la revocabilidad de la dispensa y la necesidad de estar a la última voluntad del causante. «La dispensa es una declaración de voluntad que da lugar a que la partición se deba realizar sin tener en cuenta en ella las liberalidades percibidas en vida por los legitimarios. Se trata, por tanto, de un acto de naturaleza y eficacia «mortis causa», regido por el principio de la revocabilidad por el que, como opción de política legislativa, se inclina el Código civil, tal y como con claridad resulta de los artículos 737 y 1271 Código civil así como de las escasas excepciones en las que el Código acepta la eficacia de un contrato sucesorio (art. 826, promesa de mejorar en capitulaciones; art. 827, mejora contractual irrevocable; art. 1341, donación en capitulaciones de bienes futuros). «Con independencia de la forma en que se manifieste y del documento que la recoja, la dispensa de colación no pierde su naturaleza de declaración unilateral y revocable. Afirmar que la dispensa formó parte del negocio lucrativo aceptado por el donatario implicaría

convertir la dispensa en causa de la donación y sostener que el donatario aceptó la donación por su carácter no colacionable, lo que resulta difícil de imaginar, solo podría dar lugar, en su caso, a plantear bien el error en la aceptación bien la renuncia a la donación. A ello debe sumarse que, sabiendo que la dispensa es un acto unilateral y revocable, el donatario que acepta la donación siempre debe asumir que el causante puede revocar su decisión para privarle, no de la donación, sino de las expectativas que tuviera de recibir más en la sucesión, por lo que una revocación de la dispensa, como la revocación de otro acto dirigido a ordenar la sucesión, nunca puede considerarse que contraríe los actos propios. «A efectos prácticos cabe añadir que es ilógico considerar irrevocable la dispensa cuando el causante puede lograr el mismo efecto disminuyendo la cuota de institución del donatario, por ejemplo, mediante donaciones no colacionables a los demás».

3.- La aplicación de esta doctrina al caso determina que debamos casar la sentencia recurrida y, al asumir la instancia, nos pronunciemos sobre el recurso de apelación interpuesto por D.ª Eufrasia.

Finalmente (…) No consta que el causante dispusiera de manera expresa la dispensa en el momento de la donación, perfeccionada con la entrega del dinero (arts. 623 y 632 CC). En la carta dirigida por el padre a la hija después de la donación —y sin perjuicio de los problemas que derivarían de la ausencia de cumplimiento de las formalidades testamentarias— tampoco se hizo eficaz dispensa de la colación pues, como dice el juzgado, en la carta manifestó que haría constar su voluntad en un momento posterior, al otorgar testamento. La dispensa de colación sí se produjo en el testamento otorgado el 3 de abril de 1998, en el que el padre de los litigantes expresamente dispensó de la colación todas las donaciones hechas a sus hijos con anterioridad al testamento, entre las que debía incluirse la litigiosa. Pero este testamento fue revocado íntegramente por el testamento otorgado el 5 de junio de 2000, que contenía una cláusula de revocación y no dispensaba a los hijos de la colación de las donaciones recibidas.

En consecuencia, la dispensa de colación contenida en el testamento revocado quedó sin efecto, ya que no hay razón alguna para pensar que, pese a la revocación expresa, el testador quería dejar a salvo una dispensa de colación que pudo incluir y no incluyó en su nuevo testamento. El causante falleció el 24 de febrero de 2009 bajo testamento otorgado el 26 de diciembre de 2007, en el que tampoco dispensó a los hijos de la obligación de colacionar. La dispensa de colación debe ser expresa (art. 1036 CC) y, aunque no sea exigible una fórmula sacramental, sí es preciso que de manera clara e inequívoca resulte la voluntad del causante de dispensar de la colación. Tal voluntad no resulta en modo alguno de la omisión de la dispensa, máxime si se tiene en cuenta que el causante revocó el testamento que sí la contenía y no la hizo constar en ninguno de los otorgados con posterioridad, incluido el testamento bajo el que falleció.

En consecuencia, conforme a lo argumentado, desestimamos la apelación y confirmamos el fallo de la sentencia de primera instancia por el que se estimó la demanda y se declaró que la cantidad de 781.315,74 € entregada a D.ª Eufrasia por D. Alejandro constituye una donación colacionable en su herencia.

IV. MENCIÓN A LA RENOVADA CODIFICACIÓN FORAL: EN PARTICULAR LAS NUEVAS CODIFICACIONES VASCA Y ARAGONESA

1. Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco

Declara su artículo 59. *Valor de las donaciones computables y colacionables*. 1. El valor de las donaciones computables será el que tenían al tiempo de fallecer el causante, previa deducción de las mejoras útiles costeadas por el donatario en los bienes donados y del importe de los gastos extraordinarios de conservación o reparación que haya sufragado el mismo, no causados por su culpa. Al valor de los bienes se agregará la estimación de los deterioros originados por culpa del donatario que hubiesen disminuido su valor. De haber enajenado el donatario los bienes donados, se tomará como valor el que tenían en el momento de su enajenación. De los bienes que hubiesen perecido por culpa del donatario, solo se computará su valor al tiempo en que su destrucción tuvo lugar. *2. Las donaciones a favor de legitimarios solo serán colacionables si el donante así lo dispone o no hace apartamiento expreso*. 3. Las donaciones colacionables lo serán por el valor de las mismas al tiempo de la partición. 4. La falta de apartamiento expreso de los demás legitimarios en las disposiciones sucesorias efectuadas a favor de alguno de ellos determinará la colación de dichas disposiciones.

Sobre la materia, apréciese que con buen juicio se destaca la dispensa y la revocación de la colación. Y la autora lo hace en los siguientes términos: «la puesta a disposición del caserío se puede hacer asimismo a través del instrumento de la donación, que en este caso no será colacionable salvo si el causante hubiese dispuesto expresamente lo contrario. Con la dispensa de la obligación de colacionar se estaría salvando el problema de las legítimas del resto de los herederos forzosos cuando la herencia esté constituida únicamente o principalmente por el caserío. Así se establece en el artículo 155 (Cfr. artículo 155: 1. Las prescripciones del artículo anterior serán de aplicación, igualmente, a la donación que el titular hiciere del caserío y sus pertenecidos cuando el beneficiario o beneficiarios de la misma sean alguno o algunos de los herederos forzosos mencionados en los dos primeros números del artículo 807 del Código civil, siempre que aquellos conserven, hasta el fallecimiento del donante, el destino que el caserío tuviere al momento de la atribución y mantengan, en su caso, la indivisión. 2. Las donaciones contempladas en el apartado anterior no serán colacionables salvo si el causante hubiese dispuesto expresamente lo contrario)»[39].

2. Derecho aragonés

En esta ocasión, se trata del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

En particular, con meridiana claridad su capítulo VI Colación y partición, en su sección 1.ª sobre la Colación, ratifica cuanto hemos visto sobre los efectos testamentarios de la colación y la voluntad del causante.

Dice así el artículo 362. Voluntariedad. *1. La colación de liberalidades no procede por ministerio de la ley, mas puede ordenarse en el título de la propia liberalidad o en pacto sucesorio o testamento. 2. La obligación de colacionar impuesta podrá ser dispensada posteriormente por el disponente en testamento o en escritura pública*[40].

Por su parte, el artículo 363. Liberalidades no colacionables. Cuando el causante hubiera dispuesto la colación de las liberalidades hechas por él, no se entenderán comprendidos, salvo que expresamente así lo declare, las liberalidades y gastos a que se refiere el apartado 2 del artículo 489.

En todo caso, si recurrimos a las apreciaciones de SERRANO GARCÍA[41] nos ilustra con sus «*Antecedentes*: Artículo 47 Lsuc.; 140 Comp.; 45 Apéndice; 81, 244, 287 P1904; 81, 82P1899; Obs. 17 De iure dotium, 1.ª De donationibus. Concordancias: Artículos 654, 820, 821, 1035, 1038 Código civil .; ley 332, 334 Comp. N.; artículos 464-17, 464-18, 464-19 Código civil . Cat.; artículo 62 LDCFPV».

En cuanto al *Resumen doctrinal y jurisprudencial*, declara: «El contenido del capítulo VI (arts. 362 a 372), aunque es plural y por ello aparece estructurado en tres secciones (colación [1.ª], partición [2.ª] y pago de las deudas hereditarias por los coherederos [3.ª]), trata algunas cuestiones relativas a la comunidad que se produce cuando son varios los titulares de una herencia o porción de ella; en la «comunidad hereditaria», que es una comunidad en mano común, los partícipes pueden disponer de su cuota global en la comunidad o porción de ella, pero no adquieren derechos sobre bienes concretos sino desde la partición (art. 1068 CC.); la comunidad hereditaria es esencialmente divisible. El Código aragonés solo regula, junto a la voluntariedad de la colación, aquellos aspectos de la comunidad hereditaria en los que incide la mayor libertad civil de los aragoneses (arts. 365, 368), la distinta capacidad de obrar (arts. 366, 367) o los diferentes principios del régimen de la responsabilidad del heredero (arts. 369-372). En todo lo demás resulta de aplicación el Derecho supletorio. En muchos ordenamientos inspirados en el Derecho romano las liberalidades recibidas por los legitimarios se suman por ley al caudal partible y se imputan en el lote del partícipe que las recibió como parte de su herencia. En cambio, en Aragón, *la colación de liberalidades, como operación particional, no procede nunca por ministerio de la ley (contra: arts. 1035, 1036 CC.), sino que descansa únicamente en la voluntad del disponente que puede ordenarla en el título de la propia liberalidad (donación o legado) o en pacto sucesorio o testamento (público o privado), con lo que se asegura que la obligación de colacionar pueda ser conocida por el sujeto a quien afecte; la colación de la donación podrá establecerse en el título de la donación o en pacto sucesorio con intervención del donatario*, mientras que la colación del legado puede derivar del propio título sucesorio o de otro posterior. Obligado a colacionar puede ser cualquier partícipe, aunque no sea legitimario.

3. Derecho sucesorio gallego

En cuanto al Derecho civil foral gallego, BUSTO LAGO, nos aclara que «Entre los pactos sucesorios típicos que contempla la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia (en adelante, LDCG), integrando la sección 4.ª (arts. 224 a 227) del capítulo III de su título X, se encuentra el llamado pacto de apartación o «apartamento». Estamos en presencia, sin duda, del pacto sucesorio más paradigmático del Derecho civil propio de Galicia»[42].

Empero «la transmisión de bienes que se efectúa entre apartante y legitimario apartado lo es a título gratuito, calificación que se compadece plenamente, como ya he adelantado, con la previsión normativa a tenor de la cual lo recibido por el apartado en virtud de la apartación ha de traerse al cálculo de las legítimas de los demás herederos forzosos. En efecto, el artículo 244.2.º LDCG, al regular la

conformación del *donatum*, establece expresamente dentro de las disposiciones a título gratuito realizadas por el causante, la computación de lo recibido por apartación. (…) Parece claro, por lo tanto, que el legislador gallego ha optado por concebir a la apartación como un negocio jurídico gratuito, al someterlo a un régimen similar al de las donaciones, sin perjuicio de que no haya *animus donandi* —o que este no constituya la causa del negocio traslativo— y de que se dote de una mayor protección frente a la reducción por inoficiosidad».

Por tanto y en cuanto a la «dispensa de la obligación de colacionar por el apartado, que la LDCG contempla expresamente, con arreglo al régimen codicial, la dispensa, como acto de disposición *mortis causa*, es libremente revocable (STS de 13 de marzo de 1989 *[RJ* 1989\2036; en contra de lo señalado en la más antigua de 21 de marzo de 1902 *[JC* T. 93, § 77]), debiendo ser expresamente prevista por el causante y pudiendo formalizarse en el propio testamento o en el título acreditativo del negocio gratuito de transmisión del bien colacionable, sin que, en este último caso, la dispensa pueda revocarse en testamento (la revocación del testamento en el que se contempla la dispensa, obviamente supone su revocación), aunque sí quepa su revocación, obviamente, en los casos de revocación de la donación al amparo de las previsiones de los artículos 644 y sigs. del Código civil»[43].

IV. INDICACIONES CONCLUSIVAS

PRIMERA. Coincide la doctrina, la jurisprudencia y las renovadas Codificaciones forales, así como las Propuestas privadas de Código civil común, en la disociación del acto gratuito en que consiste la donación *inter vivos*, se haya hecho con efectos colacionables o no, que dicho efecto, habrá de atender a las últimas voluntades testamentarias. Asimismo, la doctrina jurisprudencial es unívoca respecto a las operaciones particionales, que ratifica que la institución de la colación es una mera norma de reparto particional.

SEGUNDA. La dispensa de colación, podrá ser total o circunscribirse a una parte de la donación *inter vivos*; evidentemente, dicha dispensa —como en su caso, la revocación— habrá de ser expresa y recognoscible, en el entendido de que, podrá deponerse en las voluntades testamentarias del causante, sin que afecte a la donación. Cuestión distinta es que así se indique y se revoque por completo el acto negocial gratuito, siendo el lapso temporal para la revocación de la colación de la donación, el que medie desde la propia aceptación del acto gratuito, hasta las últimas voluntades testamentarias.

TERCERA. En lo que se refiere a la deposición del acto voluntario y derecho dispositivo sucesorio previsto en el artículo 1036, la consecuencia contable, producirá como efecto lógico que aquellas donaciones *inter vivos*, no ostentarán la naturaleza de anticipo de la herencia, de modo tal que habrá de reconstruirse el haber hereditario con el cómputo de dichas donaciones que han perdido la consideración de no colacionables.

CUARTA. De conformidad a la literatura clásica, no hay identidad de razón entre computación y colación, la primera se materializará incluso cuando exista un único legitimario. Téngase en cuenta que la noción actual de legítima, implica que esta podría verse afectada por las donaciones efectuadas por el causante a

terceras personas, frente a la colación del artículo 1035 del Código civil, a la que ha lugar, exclusivamente, si concurriese con herederos forzosos.

QUINTA. El fundamento de la colación trae causa de que lo recibido del causante a título lucrativo por un heredero forzoso y es, salvo disposición en contra por parte del causante, anticipo de la herencia. Por otra parte, si sostenemos que la causa de la donación es indivisible y responde al ánimo liberal, la condigna consecuencia será la sostenida por PARRA LUCÁN por cuanto la remuneración será un móvil subjetivo para hacer la donación, pero no la causa de la donación.

SEXTA. Atendida la última finalidad de las disposiciones testamentarias, en la que es principio básico la voluntad del causante, bien cabe la revocabilidad de la colación como su dispensa. En suma, dicha declaración, no pierde su naturaleza de declaración unilateral y revocable del testador, sino que se reafirma en dichas notas institucionales. Prima, absolutamente, la naturaleza dispositiva de la colación, efecto que podrá ser dispensado en las donaciones hechas *inter vivos*, o bien revocado, en las últimas voluntades testamentarias. En nada empece este principio de autonomía testamentaria del causante, a la naturaleza de la donación a la que no empaña. Cuestión distinta son los efectos sobre la colación que se desplegarán por el fallecimiento del causante y, a su disponibilidad sobre la revocación o dispensa de dicha colación, habrá de estarse. Es la sólida e irrebatible jurisprudencia que coincide, con la práctica unanimidad doctrinal y la renovada codificación foral.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS, núm. 578/2019, de 5 de noviembre.
- STS, núm. 468/2019, de 17 de septiembre.
- STS, de 17 de enero de 2014.
- STS, de 29 de noviembre de 2012.
- STS, núm. 29/2008, de 24 de enero.
- STS, de 7 de noviembre de 2007.
- STS, de 24 de enero de 2006.
- STS, núm. 1149/2000 de 13 de diciembre
- STSJ Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 1 de febrero de 2016.
- SAP de Madrid, de 30 de diciembre de 2015.
- SAP de Badajoz, de 16 de enero de 2001.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Además de la citada a nota a pie de página:

ALBALADEJO GARCÍA, Comentario a la sección tercera artículos 774 al 789, Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo Ponce de León, Bercovitz, Salvador Coderch, (Dirs.), *Comentario del Código civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1915 a 1938.

ALBIEZ DOHRMANN, (2014) La reducción de las disposiciones inoficiosas: Especial atención a la reducción de las donaciones y de los legados, *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista,* págs. 213 y sigs.

ALFARO AGUILA-REAL https://derechomercantilespana.blogspot.com/2018/07/mas-sentencias-mazacruz-la-donacion.html

ALONSO PÉREZ, (1967), La colación de las donaciones remuneratorias, *RCDI,* págs. 1017 y sigs.

ANDERSON, (2006), Una aproximación al derecho de sucesiones inglés, ADC, págs. 1243 y sigs.

APDC, PROPUESTA DE CÓDIGO CIVIL libro IV (cuarto borrador) De los modos de adquirir la propiedad. Capítulo VIII—De la adquisición de la herencia título VI: Galicia Aizpurúa (coord.) Sección 9.ª; Coord. del Libro, Parra Lucán. También OBRA COMPLETA, 2018.

BUSTO LAGO, (2018), Aproximaciones al pacto sucesorio de apartación en el Derecho civil propio de Galicia como instrumento de ordenación sucesoria del patrimonio familiar, *Revista Jurídica de Illes Balears*, 18 https://revistajuridicaib.icaib.org/aproximaciones-al-pacto-sucesorio-de-apartacion-en-el-derecho-civil-propio-de-galicia-como-instrumento-de-ordenacion-sucesoria-del-patrimonio-familiar/ (fecha de última consulta julio 2020)

— Artículos 806 a 822, *Comentarios al Código civil,* Bercovitz Rodríguez Cano (Coord.), Cizur Menor, Aranzadi, 3.ª ed., págs. 963 y sigs.

CLEMENTE MEORO, (2014), El cálculo de la legítima y la valoración de los bienes hereditarios, *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*.

COSSÍO, (1966), Para la exégesis del artículo 1045 del Código civil, *RDP*, 545.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, (2004), *Sistema de Derecho civil, IV, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 9.ª ed.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, (1992), La Colación: su ámbito personal y efectos. Colación legal y colación voluntaria, *ADC*, 1, págs. 377.

ESRICHE, (1838), *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense,* Valencia.

FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, (2009), La regulación sucesoria de la propiedad del Caserío en el territorio histórico de Guipúzcoa, *Iura Vasconiae*, 6, págs. 849 a 891. http://www.forulege.com/dokumentuak/Tabla%20equivalencias%203-1992%20-%205-2015.pdf

GALICIA AIZPURÚA, (2019), Donaciones remuneratorias: naturaleza, causa, colacionabilidad. Dispensa de colación hecha al instante de donar: revocabilidad en testamento, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 110, BIB 2019\5851.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, *La colación: El problema de la valoración de los bienes colacionables y su influencia en la partición hereditaria*

GÓMEZ DE LA SERNA y MANUEL MONTALBÁN, (1865), *Elementos del Derecho civil y penal de España, Tomo segundo*, Madrid.

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, (1988), *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, Bosch editor, Barcelona, reimpresión de 1992.

LASARTE ÁLVAREZ, (2012), La esencial revocabilidad de la dispensa de colación hereditaria, *RCDI*, 731, págs. 1291 a 1328.

LÓPEZ, (1844), *Las Siete partidas del muy noble rey Don Alfonso el Sabio*, Tomo III, Madrid.

MANRESA, (1901), Más sobre donaciones colacionables a efectos de fijar la legítima, *Revista general de legislación y Jurisprudencia*, 2, págs. 374 y sigs.

NAVARRO ZAMORANO y otros, (1842), *Curso elemental de Derecho Romano,* tomo cuarto.

POUS DE LA FLOR, (2004) El valor de los bienes en la colación, *RCDI*, 80, núm. 682, págs. 521 a 548.

POUS DE LA FLOR y MORETÓN SANZ, (2014) Comunidad conyugal y partición hereditaria: la previa liquidación del régimen económico-matrimonial, *RCDI,* 90, núm. 743, págs. 1418 a 1443.

RABANETE MARTÍNEZ, (2020), Las donaciones remuneratorias: configuración jurídica, colación y dispensa. A propósito de la STS de España núm. 473/2018, de 20 de julio de 2018, *Rev. Boliv. de Derecho*, núm. 29, págs. 172 a 205.

REBOLLEDO VARELA, (2008), Derecho civil de Galicia: presente y futuro, *Revista Jurídica de Navarra,* 46. Páginas 11 a 43.

ROCA-SASTRE, (1995), *Derecho de sucesiones II*, Barcelona, 2.ª ed.

ROCA JUAN, (2004), Comentario al artículo 1.035, *Comentarios al Código civil*, Tomo XIV, Vol. 2.º: Artículos 1035 a 1087 del Código civil, Albaladejo García y Díaz Alabart (Dirs.), Edersa, Madrid.

SALAS CARCELLER, (2018), Comentario a la sentencia TS, Sala Primera, núm. 473/2018, de 20 julio, *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 10. BIB 2018\14107.

SARMIENTO RAMOS, (1991), Comentarios a los artículos 1.035 a 1.050, *Comentarios del Código civil*, Tomo I, Paz Ares, Bercovitz, Díez-Picazo Ponce de León y Salvador Coderch (Dirs.), Ministerio de Justicia, Madrid, págs. 2.431 y sigs.

TENA ARREGUI Comentario de la STS de 20 de julio de 2018 (473/2018) Rectificación de la partición por el contador-partidor. Régimen de la donación remuneratoria: colación. Págs. 247 y sigs. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2018-15_Comentarios_a_las_Sentencias_de_Unificacion_de_Doctrina__Civil_y_Mercantil__Rectificaci%C3%B3n_de_la_partici%C3%B3n_por_el_contador-partidor._R%C3%A9gimen_de_la_donaci%C3%B3n_remuneratoria:_colaci%C3%B3n

TORRES GARCÍA, (2017), *La necesaria reforma del derecho de sucesiones, Problemas actuales del Derecho civil y del desequilibrio económico,* págs. 11 y sigs.

VALLADARES RASCÓN, (2009) Artículos 1035 a 1050, *Comentarios al Código civil,* Bercovitz Rodríguez Cano (Coord.), Cizur Menor, Aranzadi, 3.ª ed., págs. 1.215 y sigs.

VELA SÁNCHEZ, (2018), Claves para la imputación de donaciones y legados en el haber hereditario, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 4, págs. 333 a 360. http://nreg.es/ojs/index.php/RDC

VV.AA., (2015), CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia, Delgado Echeverría (Dir.) Bayod López y Serrano García (Coords.) GOBIERNO DE ARAGÓN Departamento de Presidencia y Justicia, Zaragoza.

NOTAS

[1] Sirva este trabajo como modesto homenaje al Maestro, humilde y renacentista, el Profesor salamantino, Mariano ALONSO PÉREZ. Que la tierra le sea leve.

[2] Derecho civil común: excepciones ya previstas en el 1.041 y 1.042. Sería incoherente que añadiéramos en la disponibilidad de la colación, la indisponibilidad de las restricciones específicas por norma *ius cogens*.

[3] (2004), *Sistema de Derecho civil, IV, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 9.ª ed., pág. 540. *Vid.*, artículos 664 a 656.

[4] En este punto, la Propuesta de Código civil, al margen de cambiar los tiempos verbales, elimina la necesidad de interpretación sistemática y casuística, así como las dudas doctrinales, al contemplar y calificar ese acto posterior en que el donante sustituya la declaración de voluntad previa. Así, señala en su *Artículo 468-61. Dispensa de colación y atribuciones mortis causa* 1. La colación no tiene lugar cuando el donante así lo haya dispuesto de modo indubitado en la propia liberalidad o en acto posterior, ni en el caso de que el donatario repudie la herencia, sin perjuicio de que la donación pueda ser reducida por inoficiosa. 2. Salvo disposición en contrario del causante el heredero no ha de tomar de menos en la partición lo dejado a título singular en testamento o pacto sucesorio (APDC, *Propuesta de Código civil Libro IV (cuarto borrador) De los modos de adquirir la propiedad* Capítulo VIII—De la adquisición de la herencia Título VI: Gorka Galicia Aizpurúa (coordinador) Sección 9.ª; Coord. del Libro, Mª Ángeles Parra Lucán]. Precepto que se renumera en el texto definitivo (2018), como 468.62

[5] Nótese que, en materia de colación legal y voluntaria, con su certera pluma, afirmaba ROCA SASTRE: «Fijación de la Legítima: Computación e imputación» (…) En la *determinación del quatum legitimario global*, como la legítima es una parte alícuota del patrimonio del causante (*pars bonorum*), es preciso previamente realizar *dos operaciones fundamentales* sobre integración y valor de dicho patrimonio, es decir, *determinar los bienes, derechos, elementos y obligaciones* de tal patrimonio y luego proceder a su valoración: A) En la *integración del patrimonio* respecto del cual ha de computarse la legítima, como esta debe calcularse sobre los bienes y derechos relictos por el causante al fallecer, deducidas las cargas y deudas hereditarias y agregadas las donaciones por el mismo otorgadas, primeramente hay que tener en cuenta el *activo hereditario*, del que hay que descontar el *pasivo* y después añadir el importe de las *donaciones* efectuadas. (…)». (1995) *Derecho de sucesiones II*, Barcelona, 2.ª ed., págs. 43 y sigs.

[6] Declaraban GÓMEZ DE LA SERNA y MANUEL MONTALBÁN: «4. Colacion. - Muchas veces los padres y demas ascendientes hacen donaciones crecidas á sus hijos, en términos de que perjudican la legítima de los demas: para evitarlo se ha introducido la colacion. Esta consiste en la agregacion al cúmulo de la herencia, que hacen los descendientes legítimos, de los bienes que recibieron de sus padres durante la vida de estos, para que aumentado asi el caudal se haga la particion sin perjuicio de las lejítimas. 5. Suele decirse que se hace de tres modos. 1.º Por manifestacion, que es presentando la misma cosa recibida. 2° Por liberacion, que es cuando hubo promesa pero aun no cumplida. 3° Por imputacion, que es contar el donatario por parte de su haber la misma cosa recibida. 6. Para que tenga lugar la colacion es necesario, que los que la piden y á quienes se pide, sean hijos ó descendientes legítimos del difunto; que se les deba la legítima, y que quiera ser heredero el que recibió la donacion, pues en otro caso no estará obligado á colacionar, aunque sí á restituir lo que escediese aquella de los límites de la legítima, del tercio y del quinto. 7. Todos los bienes que los hijos hubiesen recibido de sus padres son colacionables. Los autores, que presentan las mejoras corno escepcion de esta regla general, cometen, segun creemos, un error notable. Es cierto que no se traen á particion pero preciso es colacionarlas para saber si cabían en los bienes existentes al tiempo de la muerte del testador, pues (de lo contrario serian inoficiosas. Y no por esto queda destruida la igualdad que debe observarse, y que aquí no se toma en un sentido absoluto, sino respectivo. Los bienes ganados ó adquiridos por los hijos, no son colacionables. Tampoco lo son aquellas sumas que hubiesen recibido para alimentos». (1865), *Elementos del Derecho civil y penal de España, Tomo Primero*, Madrid, págs. 335 y 336.

[7] *Vid.*, CLEMENTE MEORO, (2014), El cálculo de la legítima y la valoración de los bienes hereditarios, *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, págs. 779 y sigs. Sostiene con la jurisprudencia: «El artículo 818 Código civil se refiere a los "bienes que quedaren a la muerte del testador", lo que hay que relacionar con el artículo 659 Código civil, a cuyo tenor "la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones que no se extingan con su muerte". Por tanto, integran el activo bruto los bienes y derechos transmisibles *mortis causa* de que fuera titular el causante en el momento de su fallecimiento. Así, no se transmiten, por su carácter vitalicio, el usufructo (art. 513.1 CC), salvo que otra cosa haya establecido el constituyente, el uso (art. 525 CC), la habitación (art. 529 CC), el derecho contractual a alimentos (art. 1794 CC, por remisión al art. 152.1.º CC) y la renta vitalicia (art. 1808 CC); y tampoco se transmiten los derechos de carácter personalísimo (cfr. arts. 150, 1595, 1689 y 1700.3.º, 1732 y 1742 CC, y 280 CCom)».

[8] Incólume el capítulo desde su redacción preliminar, excepto en cuanto afecta al segundo párrafo del artículo 1041 «Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad»; segundo y último párrafo incorporado por el artículo 10.7 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. A su vez, el 1045 «No han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios. —El aumento o deterioro físico posterior a la donación y aun su pérdida total, casual o culpable, será a cargo y riesgo o beneficio del donatario», quedó afectado, en ese caso, por el artículo 4 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Siendo el texto original de este último precepto «No han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas o dadas en dote, sino el valor que tenían al tiempo de la donación o dote, aunque no se hubiese hecho entonces su justiprecio. —El aumento o deterioro posterior, y aun su pérdida total, casual o culpable, será a cargo y riesgo o beneficio del donatario».

[9] (2009), «Artículos 1035 a 1050», *Comentarios al Código civil,* Bercovitz Rodríguez Cano (Coord.), Cizur Menor, Aranzadi, 3.ª ed., págs. 1215 y sigs.

[10] (1995) *Derecho de sucesiones II*, Barcelona, 2.ª ed., págs. 43 y sigs.

[11] *Vid.*, artículo 818 donde se ventilan sobre la herencia líquida o *relictum*, todas las donaciones efectuadas por el causante. «Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento. —Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables» (Según su redacción del párrafo segundo operada por el artículo 5 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo). *Vid.*, TORRES GARCÍA, (2017), La necesaria reforma «del derecho de sucesiones, *Problemas actuales del Derecho civil y del desequilibrio económico,* págs. 11 y sigs.

[12] «La reducción de la donación o del legado por su carácter inoficioso es una acción de protección de la legítima. Éste es el único y principal fundamento de una acción tan singular», ALBIEZ DOHRMANN, (2014) La reducción de las disposiciones inoficiosas: Especial atención a la reducción de las donaciones y de los legados, *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista,* págs. 213 y sigs.

[13] (2004), Comentario al artículo 1035, *Comentarios al Código civil*, Tomo XIV, Vol. 2º: Artículos 1035 a 1087 del Código civil, Albaladejo García y Díaz Alabart (Dirs.), Edersa, Madrid.

[14] SARMIENTO RAMOS, (1991), «Comentario al Capítulo IV artículos 1035 y sigs.», Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo Ponce de León, Bercovitz, Salvador Coderch, (Dirs.), *Comentario del Código civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, págs. 2431 y sigs.

[15] Traemos también a estas líneas la STS, de 24 de enero de 2006, siendo Ponente GULLÓN BALLESTEROS que estima la casación en estos términos: Que debemos declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por Dª. Julia, Dª. Luisa y D. Carlos José, representados por el Procurador D. Francisco Alonso Adalias contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Zamora con fecha de 28 de febrero de 1999, la cual casamos y anulamos parcialmente, con referencia al punto D) del fallo de

la misma. En su lugar declaramos la revocación de los legados dispuestos por el causante en favor de los legatarios por la donación posterior a los mismos de las cosas legadas, los cuales deben colacionar las donaciones en su herencia. Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida compatibles con la anterior declaración. Sin condena en las costas de este recurso a ninguna de las partes.

[16] *Vid.*, POUS DE LA FLOR, El valor de los bienes en la colación, *RCDI,* 80, Nº 682, 2004, págs. 521-548; también Comunidad conyugal y partición hereditaria: la previa liquidación del régimen económico-matrimonial de la misma autora y MORETÓN SANZ, *RCDI,* 90, Nº 743, 2014, págs. 1418-1443.

[17] *Vid.*, también la SAP de Madrid, de 30 de diciembre de 2015, entre otros múltiples aspectos que, pese a su interés, no podemos reproducir dada su extensión; destacamos una de las cuestiones controvertidas sobre: «se trata de una fiducia testamentaria como se denomina en las STS de 30 de octubre de 1944 y 29 de abril de 1972, que tiene sus antecedentes en los Derechos civiles autonómicos, en concreto, de Aragón y Navarra, y en el artículo 663 del Proyecto de Código civil de 1851 de GARCÍA GOYENA, constituyendo una excepción no solo del artículo 830, sino también del artículo 670, ambos del Código civil, para permitir encomendar a un progenitor las facultades sucesorias sobre la propia sucesión». En cuanto a los fundamentos añadiremos «sustento de la actualización del *donatum* y del *relictum* descansa en la depreciación monetaria del dinero y de los bienes por el transcurso del tiempo. Tras la reforma de 1981, que dio nueva redacción al artículo 847 Código civil, con respecto al pago de la legítima en metálico, la jurisprudencia atiende al valor que tuvieren los bienes al tiempo de liquidar la legítima (SSTS de 20 de junio, 21 de octubre y 14 de diciembre de 2005, todas ellas citadas en la de 24 de enero de 2008), ello con lleva la necesidad de actualización tanto del *relictum* como del *donatum*, (TS 15 de julio de 2007). En el caso de autos de acuerdo con la doctrina expuesta, adquieren relieve decisivo dos factores: la actualización del importe del *donatum* y del *relictum* y la proyección al momento de su materialización, es decir, del pago de la legítima estricta al actor. Se pueden adoptar distintos criterios para la actualización del *donatum* y del *relictum*, pero mayoritariamente el criterio seguido por los distintos Tribunales es la aplicación del IPC (así se pueden citar al respecto las SAP de Madrid, sección 25.ª de del 9 de junio de 2015 de La Coruña, sección 4, del 17 de septiembre de 2014; SAP de Vizcaya sección 4 del 19 de abril de 2013, de Segovia de 30 de junio de 2011) criterio que también sigue el STS 15 de junio de 2007). Es posible que para la actualización de algunos de los bienes que integran el inventario de la sociedad de gananciales disuelta, que a la vez constituyen los bienes relictos del causante, hubiera sido mejor la aplicación de otro método de actualización distinto del IPC, debido a la profunda crisis económica global que afectan a las economías de nuestro entorno, pero no habiéndose practicado prueba alguna sobre este extremo, debe aplicarse la actualización sobre todos los bienes mediante el dicho método, cuya aplicación se hará teniendo en cuenta el IPC acumulado resultante para cada uno de los bienes actualizados, cuya variable se indicará expresamente».

[18] *Vid.*, ANDERSON, (2006), Una aproximación al derecho de sucesiones inglés, *ADC,* págs. 1243 y sigs. En particular, su estudio sobre el caso «de las llamadas Hotchpot Rules, comparables a nuestra colación en sentido propio (arts. 1035 sigs. del Código civil español)».

[19] Con su sabiduría y formación renacentista ALONSO PÉREZ nos explicaba sobre la colación «Es la colación una figura jurídica que ha sido plenamente elaborada por el Derecho histórico: desde la vieja collatio bonorum fruto equitativo de la herencia pretoria, que nos recoge Ulpiano en el libro XL de sus Comentarios al edicto 1, al principio general que sienta Justiniano en el capítulo 6 de la Novela 18 (año 1018 536), donde establece un deber general de colacionar, se revela toda una evolución, de carácter amplificador. No quedó la colación varada en la Compilación bizantina. Nuestro Derecho castellano conoce detalladamente el instituto de la colación, según los esquemas fijados por las fuentes justinianeas y las influencias del Derecho germánico en torno a la idea de comunidad familiar y defensa de legítimas. Textos legales y comentaristas intermedios se aplican profusamente a estudiar todos los aspectos relacionados con la figura, aunque arrojando escasas luces sobre «una materia innecesariamente oscura». En esta evolución, los Fueros municipales y las Leyes de Toro —sobre todo la Ley 29— representaron un avance indudable que, paradójicamente,

implicaría a su vez el comienzo de una etapa, prolongada a nuestros días, en que la difícil institución se involucraría con otras figuras vinculadas a las operaciones defensoras de la legítima (computación, imputación y reducción de donaciones inoficiosas) 3. Ni el proyecto de 1851, ni el Código civil, metas de una trayectoria multisecular, esclarecieron los problemas colaciónales. Es la doctrina actual la que va arrojando luz sobre los mismos» y sigue «Mas no solo en nuestro Derecho ha sido confusa la gestación histórica de la colación. Sirva como ejemplo el francés, donde, si bien los territorios de Derecho escrito conservaron la configuración que dio al instituto el Derecho romano, las provincias regidas por el *Droit coutumier* ofrecían al respecto una complejidad tal que Lebrun consideraba imposible sistematizar en unos principios coherentes la variedad de normas consuetudinarias relativas a la colación. Con toda razón observa MELUCCI que el Derecho anterior a la Revolución francesa presenta tal variedad y tantas complicaciones en esta materia que intentar una breve y completa exposición implicaría un esfuerzo superior al resultado apetecido». ALONSO PÉREZ, (1967), «La colación de las donaciones remuneratorias», *RCDI,* págs. 1017 y sigs.

[20] Ante la relativa ausencia de obras de carácter dogmático, la literatura jurídica de la época codificadora se nutre, básicamente, de las publicaciones de carácter práctico. Una de ellas, es la *Librería de Escribanos,* cuya versión actualizado hizo uno de los vocales de la Comisión del Proyecto de 1836, Eugenio TAPIA. Éste publicó el Febrero novísimo ó Librería de Jueces, Abogados y Escribanos, refundida, ordenada bajo nuevo método, y adicionada con un Tratado del juicio criminal y algunos otros, manual de práctica forense que constituía una reelaboración del título Librería de Escribanos de José FEBRERO. Dada la autoría de la obra, así como la amplia difusión editorial de que gozó la obra reformada, resulta especialmente interesante revisar, a la vista de estos dos hechos, la tarea que emprendió el comisionado y sus esfuerzos como jurista práctico. La obra forense reproduce la invariable apelación al Derecho patrio y también en sus primeras líneas introductorias quiere destacar que su planteamiento será, estrictamente, práctico. Por su parte y frente al Proyecto, la obra se presenta en tres Libros y no en cuatro como en aquel. La materia relativa a las obligaciones y contratos se integra en el segundo de los libros; singularmente el capítulo vigesimoctavo es el que tiene por objeto la extinción de las obligaciones referidas exclusivamente a aquellas que tengan su origen en un contrato. Esta cuestión no se trata de un defecto técnico o una imprecisión, antes bien el autor reduce, expresamente, el ámbito de actuación de las causas extintivas a las obligaciones nacidas de un convenio contractual.

[21] Leyes de Toro de 1505, según la transcripción que se conserva en la Sección de Pergaminos del Archivo de la Real Chancillería de Valladolid, declaraba: Quando el padre o la madre mejorare a alguno de sus fijos o descendientes legítimos en el tercio de sus bienes en el testamento o en otra postrimeria voluntad, o por otro algun contrato entre bivos, ora el fijo este en poder del padre que fizo dicha mejoria, o no, fasta la ora de su muerte, la pueda revocar quando quisiere. Salvo si fecha la dicha mejoria por contracto entre bivos, oviere entregado la possession de la cosa o cosas en el dicho terzio contenidas, a la persona a quien la fiziere, o a quien su poder oviere o le oviere entregado ante escrivano la escritura dello; o el dicho contracto se oviere fecho por causa onerosa con otro tercero, assi como por via de casamiento o por otra cosa semejante; que en dichos estos casos, manda/mos que el dicho tercio no se pueda revocar si no reservasse el que lo fizo, en el mismo contracto el poder para lo revocar, o por alguna causa que segun leyes de nuestros reynos las donaciones perfectas e con derecho fechas, se pueden revocar.

[22] *Vid.*, FEBRERO, (1884)*, Librería de escribanos, abogados y jueces, Volumen 3*, pág. 269. *Febrero, ó Librería de Jueces, Abogados y Escribanos, comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo la legislación hoy vigente*, por el Ilustrísimo señor Don Florencio GARCÍA GOYENA y Don Joaquín AGUIRRE, segunda edición corregida y aumentada por los Doctores Don Joaquín AGUIRRE y Don Juan Manuel MONTALBÁN, Madrid.

[23] (1991), Comentarios a los artículos 1035 a 1050, *Comentarios del Código civil,* Tomo I, Paz Ares, Bercovitz, Díez-Picazo Ponce de León y Salvador Coderch (Dirs.), Ministerio de Justicia, Madrid, págs. 2439 y sig.

[24] En idéntico sentido, NAVARRO ZAMORANO y otros, (1842), *Curso elemental de Derecho Romano*, tomo cuarto, pág. 193.

[25] Declara el artículo 816. *Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y estos podrán reclamarla cuando muera aquel; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción*. *Vid.*, BUSTO LAGOS, (2009) Artículos 806 a 822, *Comentarios al Código civil*, Bercovitz Rodríguez Cano (Coord.), Cizur Menor, Aranzadi, 3.ª ed., págs. 963 y sigs.

[26] Apréciese el sentido de la siguiente resolución Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sentencia núm. 1149/2000 de 13 diciembre. *RJ* 2000\9439, siendo Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA: «En efecto, el éxito estimatorio alcanzado por el motivo anterior, hace ineludible el del actual, porque así se infiere del dato de no aplicabilidad del referido artículo 1036 del Código civil que regula la dispensa de la colación, pues del documento público ya mencionado, el donante dispuso expresamente la donación no colacionable de la finca en cuestión. *Y en este sentido es preciso tener en cuenta lo que dice la sentencia de esta Sala de 15 de junio de 1929, cuando en ella se afirma que "solo puede tener lugar la aplicación del artículo 1036 cuando se discuta por los herederos forzosos acerca de la herencia del donante, pero en modo alguno por este donante en su vida, porque esto equivaldría a solicitar la revocación de un acto que no es revocable por su propia naturaleza, es decir, que el artículo 1036 concede un derecho 'post mortem' y en modo alguno efectivo durante la vida del* causante de la herencia". —Todo lo anterior significa la accesión a un requisito esencial para la apreciación de la figura de la colación, lo que unido a que la donación principal no ha sido tachada de inoficiosa, hace que se deba proclamar, como ya se ha dicho, el éxito del motivo en cuestión».

[27] VELA SÁNCHEZ, (2018), Claves para la imputación de donaciones y legados en el haber hereditario, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 4, págs. 333 a 360. http://nreg.es/ojs/index.php/RDC

[28] Con ocasión del comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1989, hace un amplio análisis de la institución ESPEJO LERDO DE TEJADA, (1992), y por cuanto a este artículo respecta, cabe señalar el párrafo destacado («La Colación: su ámbito personal y efectos. Colación legal y colación voluntaria», *ADC*, 1, págs. 407 y 408).

[29] *Vid.*, Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 1.ª), Sentencia núm. 8/2001 de 16 enero. AC 2001\622, siendo ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. MATÍAS MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA que expresa el parecer unánime de la Sala. FUNDAMENTOS DE DERECHO.— PRIMERO. Las hoy recurrentes interpusieron demanda en la que suplicaban, de forma concreta, dos pedimentos —amén de la condena en costas a la contraparte— A) Que se declarara nula e inválida la institución de heredera universal hecha a favor de doña María Luisa Ll. P. mediante testamento otorgado en fecha 6 de abril de 1995, por don Anselmo Ll. C., sin perjuicio de los legados hechos, y, B) Se declarara a doña Jacoba y a doña Silvestra, junto con la demandada, doña María Luisa, hija habida de un segundo matrimonio del causante, herederas forzosas por partes iguales de don Anselmo. —La sentencia de instancia desestimó tales pretensiones después de consignar en síntesis una correcta y oportunamente aplicable *doctrina jurisprudencial relativa a las reglas hermenéuticas en materia testamentaria, sobre la revocabilidad de las disposiciones «mortis causa», y la colación de donaciones.— La cláusula segunda del último testamento, otorgado en fecha 6 de abril de 1995* —que reproduce por otra parte una voluntad ya expresada por el testador en un documento privado redactado por el mismo un año antes— recoge expresamente que «no ordena ninguna disposición en el presente testamento a favor de sus hijas Jacoba y Silvestra Ll. M., habidas de su primer matrimonio, por haberles dejado bienes inmuebles en la localidad de Valdetorres, que con exceso cubren sus legítimas, en virtud de escritura de donación otorgada en don Benito, con fecha 20 de agosto de 1988». —Se revela clara e inequívoca la voluntad e intención del testador. Hace mención de la donación efectuada en su día a las recurrentes y considera que han de ser computables y colacionables, al decir que las mismas cubren con exceso las legítimas, y ello con independencia de que ello no fuera así, lo que habría de ser objeto a dilucidar en ejercicio de específica «actio familia erciscunde», para al efectuar la concreta partición de la herencia, interesar el correspondiente complemento de legítima, «ex» artículo 815 del Código civil. Sería en dicho procedimiento donde habría de tener mayor practicidad y eficacia el preciso informe pericial que fue realizado al solicitarse por las recurrentes.— Es reiterada y notoria la doctrina del Tribunal Supremo al decir que la interpretación de los testamentos

es función exclusiva de los Tribunales de la instancia, cuyas conclusiones hermenéuticas han de ser mantenidas en casación, salvo que puedan ser calificadas de ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la Ley, ninguna de cuyas calificaciones es atribuible o imputable a la interpretación del caso sometido a decisión. Se considera, por contra, claramente acorde con la libre voluntad del testador. Este efectúa, ciertamente, una imputación de los bienes inmuebles donados en vida a las recurrentes, a la legítima de que legalmente les corresponde en su herencia. —SEGUNDO. *Si la mencionada cláusula entra en contradicción con la disposición que otrora hiciera el testador al donar bienes a recurrentes, para que estos no fueran colacionables en la herencia, la última voluntad expresada en el referido testamento aparece igualmente clara en orden a la intención de revocar dicha dispensa. La colación es ordenada por la Ley, si bien únicamente como norma dispositiva*, dependiendo, en definitiva, de la voluntad del causante, que puede dejarla sin efecto dispensando dicho deber. Ahora bien, este juego de la autonomía de la voluntad que está expresado en la Ley en reiterados apartados, así artículos 1036, 1037, 1038 y 1042 del Código civil, con el mismo fundamento, puede ser objeto de revocación. —Y ello es así porque de acuerdo con el artículo 737 del Código civil, todas las disposiciones «mortis causa» son esencialmente revocables y no parece fácilmente discutible que habrá de estarse, por tanto, a la última voluntad manifestada por el testador.— Procede recordar al respecto que nuestro Código civil se inclina por un sistema de la revocación total, producida por el mero hecho del otorgamiento de un testamento posterior, y en el artículo 739.1, al establecer que el testamento anterior —y de igual forma cabe entender las donaciones hechas a los herederos forzosos en vida con dispensa de colación— queda revocado de derecho por un testamento posterior perfecto, si el testador no expresa en esta su voluntad de que aquel subsista en todo o en parte. En el presente caso, se insiste, el testador menciona las donaciones para afirmar que las mismas cubren las legítimas de las demandantes e instituye, a continuación, heredera universal a la demandada. —Es necesario dejar señalado aquí —siquiera resulte ocioso—, como jurisprudencia pacífica, que el elemento primordial para conocer la voluntad del causante, ha de ser el tenor del propio testamento, y dentro de su tenor, atenerse a su literalidad, «a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad de testador», y solo para el caso de que surgiere la duda, «se observará lo que aparezca más conforme con la intención» pero siempre «según el tenor del mismo testamento». (…) Así pues, habida cuenta de todo lo expuesto, las precedentes reglas interpretativas nos conducen a la obligada conclusión de descartar que la cláusula discutida haya de declararse nula y que el *testador revocó en su último testamento la dispensa de colacionar, al considerar y manifestar que lo donado en vida cubría en exceso la legítima, instituyendo heredera universal a la hija habida de su segundo matrimonio. Recordar que tanto la dispensa como su revocación puede expresarse al mismo tiempo que la donación o también posteriormente en testamento o en otro acto. Y puede ser sin duda revocada, como en el presente caso, por tratarse de una liberalidad que ha de mostrar su eficacia «mortis causa»*. La duda planteada por las recurrentes, no resulta fundada en el caso enjuiciado, pues los claros términos, basados en la libre voluntad, no dejan subsistentes actos como aquella dispensa, solo pudiendo hacerlo respecto de aquellos que encontrasen algún apoyo legal expreso, por ejemplo reconocimiento de un hijo natural, mengua de la legítima, etc., para cuya nulidad habría —como se dijo— de desplegarse la vía procedimental adecuada.»

[30] Como con intachable juicio afirma SALAS CARCELLER «Se ha discutido sin embargo en la doctrina científica si la dispensa hecha en la propia donación es revocable. Un sector doctrinal ha argumentado a favor de la irrevocabilidad de la dispensa hecha en la misma donación, por la naturaleza contractual del acto en el que se realiza. —No obstante, la Sala considera que debe atenderse a la verdadera naturaleza y a la eficacia que el Código civil atribuye a la dispensa de colación. La conclusión no puede ser otra entonces que la de la revocabilidad de la dispensa y la necesidad de estar a la última voluntad del causante. La dispensa es una declaración de voluntad cuyo efecto es que la partición se deba realizar sin tener en cuenta en ella las liberalidades percibidas en vida por los legitimarios. Cabe considerarla como un acto de naturaleza y eficacia «mortis causa» sujeto a revocabilidad como ocurre con los actos que han de producir efectos tras la muerte. *Sostener que la dispensa forma parte del propio negocio lucrativo aceptado por el donatario implicaría convertir*

la propia dispensa en causa de la donación y sostener que el donatario aceptó la donación por su carácter no colacionable. A ello debe sumarse que, sabiendo que la dispensa es un acto unilateral y revocable, el donatario que acepta la donación siempre debe asumir que el causante puede revocar su decisión para privarle, no de la donación, sino de las expectativas que tuviera de recibir más en la sucesión, por lo que una revocación de la dispensa, como la revocación de otro acto dirigido a ordenar la sucesión, nunca puede considerarse que contraríe los actos propios. También utiliza la Sala como argumento que sería ilógico considerar irrevocable la dispensa cuando el causante puede lograr el mismo efecto disminuyendo la cuota de institución del donatario, por ejemplo, mediante donaciones no colacionables a los demás». (2018), (Comentario a la Sentencia TS, Sala Primera, núm. 473/2018, de 20 julio), *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 10. BIB 2018\14107.

[31] Consiste la principal [diferencia] en la donación *propter nuptias* y los heredamientos, instituciones jurídicas profundamente arraigadas en las costumbres de Navarra, Aragón y Cataluña; que participan del carácter de los actos de última voluntad, hasta el punto de que en rigor hacen las veces de testamento en esas provincias; que tienen un engranaje necesario con el principio de la libre disposición de bienes consagrado por sus respectivos Fueros y el propio fiu é idéntica razón de ser que la testamentifacción foral, encaminada á la conservación del patrimonio familiar y á la continuidad de la casa nativa (…) Pág. 283 (…) Mr. Laurent en su proyecto de reforma del Código belga, conserva (art. 872), aunque mejorando su redacción, las disposiciones del Código francés. «Se teme, dice, que los actos de liberalidad de un cónyuge para con otro no sean la libre expresión de la voluntad del donante, lo cual bien puede acontecer; pero ¿es esta una razón para presumir la captación ó la violencia moral? El sistema del Código previene el peligro declarando revocables las donaciones. El donante tiene entera libertad de revocar las donaciones que haya hecho, en el supuesto de que haya cedido á un afecto inconsiderado, ó para comprar la *paz doméstica*; y puede hacer la revocación á espaldas del donatario por un mero escrito privado. Cuando no use de este derecho, bien se puede afirmar que la liberalidad es hija del cariño ó de la gratitud.» pág. 129 (…)» De allí que el célebre Fontanella haya definido el heredamiento en estos términos: donatio ínter-vivos que fit in nupticdibus per quam censetur donator prevenise diem supremi jiidicii. En realidad, el heredamiento por su origen proviene de una donación; por su carácter legal es una donación ínter-vivos, sin que pierda este carácter porque se haga para después de la muerte, pues siempre en derecho se han reconocido las donaciones inter-vivos post mortem; por su forma de constitución, es un pacto de las capitulaciones matrimoniales; y es por su fin una disposición para el dia de la muerte. Pág. 135; ALONSO MARTÍNEZ, (1885) Biblioteca Judicial *Código civil en sus relaciones con las Legislaciones Forales*, Tomo II, Madrid.

[32] 5.2. El carácter colacionable de la donación remuneratoria. El Tribunal Supremo sigue en esta sentencia la línea jurisprudencial sostenida por la Sala desde la Sentencia del Pleno 1394/2007 ES:TS:2007:822; ponente GULLÓN BALLESTEROS), que entiende que el artículo 622 Código civil se aplica a las donaciones con carga, pero no a las remuneratorias, en cuanto que en estas, por definición, no se impone ningún gravamen. En consecuencia, la remuneratoria no tiene ningún régimen especial, dado que la remuneración es un móvil subjetivo para hacer la donación, pero no su causa, salvo que se eleve a motivo causalizado. La causa de la donación remuneratoria es indivisible, dado que el agradecimiento no se puede fragmentar ni cabe pensar que solo se quiso donar, en su caso, por el exceso. Por ese motivo, debe quedar sujeto al régimen normal de la colación, que es una institución netamente dispositiva. La única peculiaridad en la colación de la donación remuneratoria es que, en función de las circunstancias, puede llegar a interpretarse la voluntad implícita del causante de que no se colacione la donación, aunque no lo ordene expresamente. En el caso debatido se dispensó expresamente de colación en la propia donación, pero posteriormente se revocó la dispensa en el testamento. Pese a tratarse de un tema debatido en doctrina y jurisprudencia, debe reconocerse la posibilidad de dicha revocación, dado que la dispensa es un acto de naturaleza y eficacia mortis causa y, por tanto, de carácter unilateral y revocable. La sentencia viene a rechazar, en consecuencia, la postura defendida por un importante sector doctrinal, encabezado por Albaladejo, que defiende el carácter mixto de la donación remuneratoria. Conforme a esta tesis, la causa es onerosa en aquello que resulte absorbido

por el valor de los servicios que se remuneran. Dicha corriente doctrinal reconoce que su postura descansa en una interpretación correctora del artículo 622 del Código civil (pues supone entender la expresión «gravamen impuesto» en el sentido de «servicio que se remunera») pero que, en todo caso, considera más respetuosa con el espíritu de texto legal que cualquier otra alternativa, especialmente con la que a la postre defiende el Tribunal Supremo, que supone suprimir del artículo cualquier referencia a la donación remuneratoria. Sin embargo, lo cierto es que el texto no solo admite otras interpretaciones menos correctoras (De Castro) sino que los motivos para rechazar la tesis de la causa mixta exceden de los meramente literales, pues el espíritu de la norma se traiciona más cuánto más se desajusta de la naturaleza de las cosas o de la razonabilidad de las consecuencias inferidas. La tesis de la causa mixta impone una fuerte disparidad de regímenes jurídicos en el seno de un único negocio jurídico en función de un dato tan etéreo como el valor de un servicio respecto del que las partes no han fijado precio ni referencia objetiva alguna. En un sistema jurídico como el nuestro, dominado por el principio (guste o no) de que «las cosas valen lo que las partes quieren», esa radical diferenciación de efectos resulta no solo arbitraria sino claramente vulneradora o artificialmente reconfiguradora de la voluntad de las partes.— TENA ARREGUI, Comentario de la STS de 20 de julio de 2018 (473/2018) Rectificación de la partición por el contador-partidor. Régimen de la donación remuneratoria: colación. Págs. 247 y sigs. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2018-15_Comentarios_a_las_Sentencias_de_Unificacion_de_Doctrina__Civil_y_Mercantil__Rectificaci%C3%B3n_de_la_partici%C3%B3n_por_el_contador-partidor._R%C3%A9gimen_de_la_donaci%C3%B3n_remuneratoria:_colaci%C3%B3n (consulta en julio de 2020).

[33] *Vid.*, la afirmación de la STS de «a efectos prácticos…», y VALLADARES RASCÓN, (2009), Comentarios a los artículos 1.035 a 1.050, *Comentarios al Código civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor., 3.ª ed. págs. 1215 y sigs. Afirma 2. Revocación de la dispensa. 2.1. Es inútil prohibir la revocación de la dispensa, pues, el donante puede obtener el mismo resultado disminuyendo la cuota hereditaria. Además, la irrevocabilidad convertiría la dispensa en un pacto sucesorio (ROCA JUAN, pg. 42; VALLET, pg. 575. *Contra* Albaladejo La dispensa…, pg. 279 y 261): no cabe la revocación de la dispensa efectuada al tiempo de la donación, salvo que esta favoreciera a un heredero no forzoso y el causante ordenara su colación (v. STS 13 diciembre 2000).

[34] No puedo sino dejar constancia que la afirmación anterior coincide con la VALLADARES RASCÓN, si bien en el decurso de la doctrina jurisprudencial en materia de sucesiones, el principio es que prime el efecto material que pudiera producir lo que el testador no ha hecho. Y si lo hubiera pretendido, precisamente no habría dictado la cláusula en cuestión. Y si dicha cláusula del documento notarial fuese inocua, no estaríamos ante este litigio. De modo que el principio de la voluntad del testador queda sustituido por el de la oportunidad procesal, cuando estamos ante derecho sustantivo. Si el problema había sido hasta ahora la interpretación de la voluntad del testador. Este, en particular, lo ha dejado muy claro. Y queda suplido por las consecuencias posibles de una decisión que no adoptó.

[35] Sobre la sentencia y sus antecedentes, el autor de la Propuesta del Código civil de la APDC, con buen juicio y excelente criterio y fundamento histórico: «En mi opinión, el alto Tribunal acierta en gran medida con su construcción: la donación remuneratoria es una donación sometida en todo a las reglas de este negocio. Pero esta interpretación es susceptible de refuerzo y de matización mediante el recurso, ya a los antecedentes históricos y legislativos, ya al elemento sistemático (art. 3.1 CC). —En efecto, aquellos demuestran en primer término que, en contra del parecer doctrinal mayoritario, el artículo 1274 Código civil no se refiere en absoluto a las donaciones remuneratorias. Esta norma encuentra su precedente en el artículo 997 del proyecto isabelino de 1851, a cuyo tenor, «[e]n los contratos onerosos, se entiende por causa para cada parte contratante la prestación o promesa de una cosa o servicio hecho por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera; y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor». Pues bien, conviene tener en cuenta que, cuando GARCÍA GOYENA redacta este precepto, no piensa para nada en las dichas donaciones. Y no lo hace porque para él la donación remuneratoria es, sin más, donación, de suerte que ha de considerarse comprendida dentro de la definición

global que de tal contrato ofrece en el artículo 940 del proyecto y sometida, entonces, a sus mismas disposiciones *(Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español,* t. II, Madrid, pp. 287 y 288 [reed. facsímil de Editorial Base, Barcelona, 1973]). Más exactamente, dicho artículo 940 definía la donación entre vivos como «un acto de espontánea liberalidad por el cual se transfiere desde luego irrevocablemente al donatario la propiedad de las cosas donadas». En el comentario correspondiente, señala GARCÍA GOYENA explícitamente que, «aunque las palabras del artículo parecen excluir las donaciones remuneratorias, quedan sin embargo comprendidas en él, y sujetas a las disposiciones de este título, según se dispone expresamente en el artículo 943, cortando así cuestiones y pleitos». El autor pretende evitar y zanjar cualquier polémica sobre «este punto omitido, o muy oscuro o dudoso, en Derecho Romano, y sobre el que guarda el Código Francés un absoluto silencio». Pero, además, la ausencia de una regulación especial para la donación remuneratoria se explica por una sencilla, aunque doble, razón: porque en ella «resplandece igualmente la liberalidad» y porque «las que se pretende calificar de simples, puras, propias y perfectas» son extraordinariamente raras, hasta el punto de que «hallan más fácilmente lugar en el papel o en las leyes que en la práctica: semejante acto, según las palabras de un respetable jurisconsulto que dejo copiadas, «sería más bien profusión y prodigalidad, que liberalidad»». —Ahora bien, si las donaciones remuneratorias son en el proyecto de 1851 por completo negocios gratuitos o de pura beneficencia, ¿cuáles son esos contratos remuneratorios a los que alude el artículo 997? La respuesta la ofrece el propio GARCÍA GOYENA cuando, al comentar esta norma en sus *Concordancias,* dice que tales contratos han de reputarse onerosos a tenor de lo establecido en el artículo 976 *(Concordancias...,* cit., t. III, p. 32), pues, efectivamente, con esta remisión está dando a entender que los mismos se identifican con los unilaterales onerosos. Y es que el artículo 976 del proyecto sienta la distinción genérica entre contratos gratuitos y onerosos, describiendo los últimos como aquellos por los que las partes «adquieren derechos y contraen obligaciones recíprocamente». Admite GARCÍA GOYENA que semejante definición puede censurarse por «impropia», «porque confunde el contrato oneroso con el bilateral o sinalagmático [...]; y sin embargo, puede un contrato ser oneroso y unilateral, como sucede en el préstamo a interés» *(Concordancias...,* cit., t. III, pp. 5 y 6). De donde se colige que el servicio o beneficio que se remunera a tenor del artículo 997 y que actúa en calidad de causa, no es uno que no conforma deuda exigible (cfr. actual art. 619 CC), sino, por el contrario, aquel que una de las partes proporciona a la otra precisamente a través del contrato: v. gr., el servicio que el depositario ofrece al depositante mediante la custodia de la cosa objeto del contrato, o el beneficio que el mutuante proporciona al mutuatario mediante el empleo de lo prestado. Tales son el servicio y el beneficio que, aun cuando normalmente se suministren sin contraprestación, son susceptibles de ser remunerados y generar una obligación a cargo de quien los recibe. Pero por esta razón, o sea, por no conllevar estructuralmente en modo necesario sacrificios para ambas partes*, estos contratos han de ser objeto de categorización separada respecto de los naturalmente onerosos: son en principio gratuitos y transmutan en onerosos exclusivamente por voluntad de las partes*. En resumen, *la causa en los contratos remuneratorios no es, en el pensamiento de GARCÍA GOYENA, la causa de las donaciones remuneratorias, negocio de pura y simple beneficencia a su mismo decir.* El artículo 997 apunta cuál sea la causa, ya en los contratos necesariamente onerosos (los que per se son bilaterales o sinalagmáticos), ya en los que lleguen a serlo únicamente por acuerdo de los intervinientes (los unilaterales que, sin embargo, vienen tintados de onerosidad por pacto), ya en los gratuitos. Dígase otro tanto de lo mismo, entonces, del vigente 1274 CC». (GALICIA AIZPURUA, (2019), Donaciones remuneratorias: naturaleza, causa, colacionabilidad. Dispensa de colación hecha al instante de donar: revocabilidad en testamento, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 110, BIB 2019\5851).

[36] Como bien advierten DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, la revocación de la colación ha de producirse en testamento, al igual que la «dispensa de la colación puede revocarse revocando la donación enteramente, cuando sean aplicables las causas generales de revocación de donaciones», pág. 541; en nueva edición, vol. IV-tomo 2, pág. 278.

[37] «Esta sentencia del Supremo se dicta tras haberse dictado —hace algún tiempo— un laudo arbitral en el que se reconoce el derecho de las hermanas a disolver la sociedad

Mazacruz y recibir su cuota de liquidación del 75 % del capital (el laudo presumía la validez de la donación del 25 % a favor del hijo). Como el laudo no incluía las cuestiones sucesorias, esta sentencia reconoce el derecho de la hija a su herencia y deja al hijo con una porción del patrimonio del padre que se corresponde con la voluntad de este en mucha mayor medida que la que resultaba de la presunta donación. En efecto, se discute, al fallecimiento del padre, si esta donación era colacionable o no. Puede imaginarse la relevancia de la cuestión, puesto que, si es colacionable y dado que el padre había dejado a su hijo la legítima estricta, la donación devenía inoficiosa en su mayor parte (si suponemos que todo el patrimonio del padre estaba en Mazacruz y que, por tanto, el 25 % del capital de Mazacruz representaba el 25 % del caudal hereditario, el hijo, al que solo correspondía —como legítima estricta— en torno al 6 % de Mazacruz, debería restituir a aquel el 19 % del capital de Mazacruz aproximadamente). Esta no es la consecuencia, sin embargo, que el Supremo extrae de la estimación del recurso de las hijas y de la madre porque, dice, nadie pidió la declaración como inoficiosa de la donación porque no perjudicaba la legítima de las hijas. De modo que el fallo se limita a declarar que el hijo no tiene derecho alguno a participar en la herencia del padre, esto es, que la hija no puede ser condenada a pagarle la legítima estricta en metálico como se había previsto en el testamento del padre puesto que la computación y la colación de la donación remuneratoria conduce a que el hijo hubiera recibido más por vía de donación de lo que le correspondería como legitimario». Jesús ALFARO AGUILA-REAL https://derechomercantilespana.blogspot.com/2018/07/mas-sentencias-mazacruz-la-donacion.html (fecha de última consulta julio de 2020).

[38] Recoge también la Resolución, los argumentos de la parte sobre esta carta, motivando como segundo elemento casacional, lo siguiente: «En el segundo, que se dice complementario del anterior, denuncia infracción del artículo 1271.II CC, en relación con los artículos 825 y 826 CC. En síntesis, plantea que, al deducir la irrevocabilidad de la dispensa del cruce de cartas entre padre e hija, la sentencia recurrida configura la dispensa como un negocio jurídico bilateral, como un pacto sucesorio, sin tener en cuenta las reglas que rigen en materia de compromiso de mejora para hacerlos válidos (arts. 825 y 826 y concordantes del Código civil). Cita la Sentencia 536/2013, de 29 de julio, sobre la declaración expresa e inequívoca de la dispensa de colación en la donación» (…) «En el sexto motivo se denuncia infracción, por violación, del artículo 1282 CC, en relación con el artículo 1281.I CC, al interpretarse por la sentencia recurrida la carta del donante de 10 de enero de 1998 en total desconexión con sus actos coetáneos y posteriores. Se dice que este motivo es "complementario" de los anteriores y en su desarrollo explica que la carta debía ponerse en relación con el contexto fáctico (del que resulta que los accionistas fundadores de la empresa familiar desembolsaron el capital social, por lo que no habría que "igualar" a la demandada) y que, supuesto que se quiera atribuir a la carta el carácter de negocio jurídico, para averiguar la verdadera voluntad del pretendido negocio debería interpretarse en relación con los actos de las partes, en particular que el causante otorgara testamentos en 1997 y 1998 con dispensa de colación (el primero, antes de la donación litigiosa), pero que en todos los testamentos otorgados a partir del de 5 de junio de 2000 (por el que revoca expresamente, sin salvar expresamente disposición alguna, el testamento de 3 de abril de 1998, del que resultaría la dispensa de la colación de la donación que nos ocupa) no se incluye dispensa de colación, en particular en el rector de la sucesión, otorgado el 26 de diciembre de 2007. Concluye argumentando que no tiene racionalidad considerar que el causante quiera utilizar una carta para disponer una dispensa de colación, diciendo que la va a resolver por vía testamentaria, lo que hace, y resulte que el acto dispositivo sea la carta y no el testamento, que legalmente es la forma típica para los negocios "mortis causa". Alega que el testador sabía perfectamente que debía disponer en testamento la dispensa de colación como acto de disposición "mortis causa" expreso para que fuera eficaz (siendo revocable) y así lo hizo, anunciándolo en carta a la donataria (quien no tenía por qué conocer el contenido de los testamentos), pero disponiéndolo solo en testamento cuando quiso y hasta cuando quiso. Sobre el valor normativo de las reglas interpretativas de los artículos 1281 a 1289 Código civil cita la Sentencia 405/2015, de 2 de julio, y sobre la posibilidad de revocar la interpretación realizada por las sentencias de instancia cuando adolezcan de falta de lógica, las Sentencias 620/2014, de 4 de noviembre de 2014 (rec. 2841/2012), 303/2015, de 25 de junio de 2015, y 405/2015, de 2 de julio».

[39] FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, (2009), La regulación sucesoria de la propiedad del Caserío en el territorio histórico de Guipúzcoa, *Iura Vasconiae*, 6, págs. 849 a 891. http://www.forulege.com/dokumentuak/Tabla%20equivalencias%203-1992%20-%205-2015.pdf (fecha de última consulta julio 2020).

[40] La doctrina clásica, antes de la aprobación del nuevo texto ya advertía que «Se puede dispensar en testamento, pero no lo contrario. Autonomía de la voluntad privada, y normas de carácter dispositivo. Dispositivo, no caprichoso, ya que el negocio quedaría privado de una de sus condiciones. Dispuso la donación con un elemento esencial como es su no colacionable, pero esta condición no es reversible, al empeorar la situación de quien recibió y aceptó notarialmente con dicha naturaleza. SAPENA, Apéndice la colación solo puede ser impuesta en el propio acto de la donación y siendo en instrumento fehaciente, después en la Compilación, ley 332, si para lo bueno».

[41] CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia, (2015), Delgado Echeverría (Dir.) Bayod López y Serrano García (Coords.) GOBIERNO DE ARAGÓN Departamento de Presidencia y Justicia, Zaragoza.

[42] «Aproximaciones al pacto sucesorio de apartación en el Derecho civil propio de Galicia como instrumento de ordenación sucesoria del patrimonio familiar», Revista Jurídica de Illes Balears, 18 https://revistajuridicaib.icaib.org/aproximaciones-al-pacto-sucesorio-de-apartacion-en-el-derecho-civil-propio-de-galicia-como-instrumento-de-ordenacion-sucesoria-del-patrimonio-familiar/ (fecha de última consulta julio de 2020)

[43] *Vid.*, también REBOLLEDO VARELA, (2008), «Derecho civil de Galicia: presente y futuro», *Revista Jurídica de Navarra*, 46. Páginas 11 a 43.

1.5. Obligaciones y contratos

La responsabilidad directa del productor ante el consumidor. *Dieselgate* (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 735/2020, de 11 de marzo)

The direct liability of the producer to the consumer. Dieselgate (concerning the Sentence or Spanish Supreme Court 735/2020, March 11th)

por

ÁNGEL JUÁREZ TORREJÓN

Profesor de Derecho civil. Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN: Cuando un consumidor adquiere un producto, y este se revela alejado de las expectativas del consumidor, el ordenamiento arbitra una serie de mecanismos de protección que responden a una lógica institucional, tanto en lo que se refiere al contenido de las acciones ejercitables, como en lo que respecta a la legitimación pasiva de las mismas.

La sentencia objeto de este comentario aborda, y la lectura de las sentencias de primera y segunda instancia de las que trae origen sugieren, problemas muy interesantes, referidos entre otros al principio procesal de congruencia, la relatividad de los contratos, el daño moral en el ámbito contractual y la responsabilidad del productor no vendedor. Todo ello condicionado por el modo en que la demandante articuló y definió las acciones ejercitadas, lo que en cierto modo explica los resultados a los que se llegó.

El propósito de este comentario es analizar cada uno de los distintos puntos sobre los que esta sentencia 735/2020 trata, así como otras materias que la lectura de las sentencias de instancia sugieren y sobre las que merece la pena detenerse.

ABSTRACT: *When a consumer acquires a product, and it is de-referred to in the consumer's expectations, the Law arbitrates mechanisms of protection which respond to an institutional logic, both as regards the content of the actions exercised and as regards the passive legitimation of them.*

The sentence at issue in this comment addresses, and the reading of the judgments of first and second instances from which it gives rise, suggests, very interesting problems, referring, inter alia, to the procedural principle of congruence, the relativity of contracts, moral damage in contracts and the liability of the non-selling producer. All of which is conditioned by the way in which the applicant articulated and defined the actions brought, which in a way explains the results reached.

The purpose of this commentary is to analyse each of the various points on which this sentence 735/2020 deals, as well as other matters which the reading of the judgments suggested and which it is worthwhile to stop.

PALABRAS CLAVE: Relatividad de los contratos. Daño moral. Anulación. Resolución. Incumplimiento. Falta de conformidad con el contrato. Responsabilidad del productor. *Iura novit curia*.

KEY WORDS: Relativity of the effects of a contract. Moral damages. Annullability. Resolution. Breach of contract. Lack of conformity of the goods. Responsibility of the producer. Iura novit curia.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES DE HECHO.—II. COMENTARIO. 1. La pretensión de anulación por error vicio. *A) Articulación de la pretensión. B) Las diferentes consecuencias restitutorias de la anulación por error y del incumplimiento. C) La alternativa, en abstracto, entre anular por error, resolver por incumplimiento, o activar el régimen de saneamiento por vicios ocultos*. 2. Resolución por incumplimiento, e indemnización por depreciación del vehículo. Cuestiones de normativa aplicable, y principio iura novit curia. *A) Resolución por incumplimiento. B) Indemnización por depreciación del vehículo*. 3. El principio de relatividad de los contratos. *A) Ideas generales del llamado «principio de relatividad de los contratos». B) El contrato como realidad en sí misma, susceptible de protección por los mecanismos de la responsabilidad extracontractual. C) Las obligaciones por «contacto social» como fundamento de responsabilidad contractual*. 4. Una última cuestión: la condena solidaria, al vendedor y a Seat S. A., al pago de una indemnización por daño moral. *A) El daño moral en el ámbito de la responsabilidad contractual. B) La condena solidaria a vendedor y productor por daño moral.*—III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

El día 30 de septiembre de 2013, D.ª Susana adquiere un vehículo marca Seat, modelo Ibiza, que emplea combustible diésel, a Talleres Menorca, S. L. El motor de estos vehículos es fabricado por Volkswagen.

Años más tarde, D.ª Susana, ante la repercusión pública que tuvo en los medios el hecho de que Volkswagen había manipulado el software que controla los motores diésel que fabrica, con objeto de que, en las inspecciones técnicas que preceptivamente los vehículos han de pasar cada cierto tiempo, el resultado de las mismas arrojara valores de emisiones inferiores a las reales, comprobó que el motor de su vehículo Seat Ibiza había sido manipulado en los términos indicados.

Ante estos hechos, D.ª Susana, el día 27 de junio de 2016 interpuso demanda contra el vendedor (Talleres Menorca, S. L.) y el fabricante (Seat, S. A.). En ella, como pedimento principal, solicitaba *alternativamente* la anulación de la compraventa por error vicio, o la resolución por incumplimiento del contrato más indemnización por daño moral; y como pedimento subsidiario, solicitaba cumulativamente 1) indemnización por los daños materiales y morales derivados de la manipulación del motor de su vehículo; 2) la restitución de los gastos

abonados por la financiación que obtuvo para el pago del precio de la compra; y 3) una indemnización por depreciación del vehículo una vez se le aplicaran las correcciones necesarias (lo que implicaba mayor contaminación y pérdida de potencia en el vehículo).

En primera instancia, la demanda fue íntegramente desestimada. D.ª Susana apeló a la Audiencia Provincial, la cual estimó parcialmente su demanda, condenando solo al vendedor (Talleres Menorca, S. L.) al pago de una indemnización por daño moral, cuantificada en quinientos euros, con el fin de indemnizar «la zozobra derivada de la aparición de un defecto oculto en su coche, la incertidumbre respecto del alcance del fraude, y la inseguridad sobre el curso y resultado de la reclamación a interponer o sobre la viabilidad o efectos de la solución ofrecida por Volkswagen en el funcionamiento y potencia del motor, así como por las molestias provocadas por el incumplimiento contractual».

D.ª Susana recurre en casación al Tribunal Supremo, cuestionando únicamente la desestimación de su demanda contra el fabricante Seat, S. A. No cuestiona ni la cuantía de la indemnización por daño moral, ni el hecho de que se le hayan desestimado el resto de pretensiones ejercitadas.

II. COMENTARIO

Para contextualizar el estudio de esta sentencia, conviene fijar los siguientes datos:

a) En primer lugar, el fundamento jurídico de la pretensión de la demandante, tanto para la petición de daño moral, como para la indemnización por el incumplimiento. La acción está articulada sobre las normas generales de la responsabilidad contractual del Código civil, esto es, los artículos 1101 y siguientes del Código civil.

b) En segundo lugar, y directamente relacionado con lo anterior, no se cuestiona, y el Tribunal Supremo da por hecho, la condición de *consumidora* de la demandante. En este sentido, y aunque solo de forma muy tangencial se hace alusión a ella, la potencial aplicabilidad del bloque normativo del título IV, libro II, del TRLGDCU'07 («Garantías y servicios postventa») debe quedar fuera de toda duda, considerando igualmente la condición de bien mueble del vehículo (objeto de la venta).

c) En tercer lugar, nos consta la fecha en que se produjo la venta del vehículo a la demandante, pero no nos consta la fecha en que se produjo la *entrega* del mismo. Esto tiene gran importancia para fijar el *dies a quo* de los plazos de prescripción de las acciones ejercitables. En todo caso, a los efectos de este comentario, consideraremos como fecha de entrega el de la fecha de venta, esto es, el 30 de septiembre de 2013.

Una vez fijados los datos anteriores, pasemos a analizar las distintas cuestiones que resultan de especial interés en este caso.

1. La pretensión de anulación por error vicio

Una de las pretensiones principales de la demandante, que acumuló «alternativamente» con la resolución por incumplimiento, fue la de anulación por error vicio del consentimiento.

Son tres las cuestiones que suscita en un caso como el presente la acción de anulación por error: 1) ¿Se articuló correctamente la pretensión?; 2) ¿son las mismas las consecuencias restitutorias en la anulación por error, que en la resolución por incumplimiento?; y 3) ¿cabe lógicamente sostener que hay error cuando hay incumplimiento, o vicio oculto en el bien?

A) Articulación de la pretensión

La forma en que se articuló la pretensión de anulación por error, estaba avocada al fracaso, porque presuponía *lógicamente* la confirmación del contrato *ex* artículo 1311 del Código civil, con el efecto purificador del error vicio alegado, *ex* artículo 1313 del Código civil.

La acumulación «alternativa» de pretensiones no tiene aquí sentido procesal, y seguramente, según un amplio sector de la doctrina procesalista, tampoco lo tenga en ningún caso: la acumulación, o conlleva el ejercicio conjunto de dos pretensiones que no se excluyen entre sí, o conlleva el ejercicio de una pretensión principal y otra subsidiaria para el caso de que se desestimase la primera (art. 71 LECiv). Pero el ejercicio «alternativo» de dos acciones, que además son incompatibles (error/resolución por incumplimiento) carece de sentido.

En cualquier caso, sí queda claro que esta acumulación «alternativa» no tiene nada que ver con la acumulación subsidiaria de acciones, porque la demandante acumula una pretensión *subsidiaria* a esa primera *alternativa* (petición principal), consistente en indemnización por daño moral, gastos de financiación e indemnización por depreciación del vehículo. Pues bien: en este punto, debe señalarse que no es posible pedir simultáneamente (y no subsidiariamente) la anulación por vicio, y la resolución por incumplimiento, o cualquier otra acción que presuponga el incumplimiento. Sólo puede incumplirse el contrato que se da por válido y eficaz, luego en el contexto en que se ha hecho, conduce forzosamente a cerrar la puerta a la posible petición de anulación por vicio del consentimiento. Incluso si se hubiese ejercitado la acción de resolución por incumplimiento como pedimento principal, y la anulación como subsidiaria, el resultado habría tenido que ser el mismo[1].

B) Las diferentes consecuencias restitutorias de la anulación por error y del incumplimiento

Probablemente (y esto es solo una especulación por el que escribe) la forma en que se articularon las pretensiones de anulación por error y la resolutoria por incumplimiento, obedeció al deseo de la demandante de obtener una sentencia en que se condenara a la restitución recíproca de las prestaciones ejecutadas en el contrato de compraventa (devolución del vehículo, y devolución del precio pagado por él). En este sentido, podría pensarse que «tanto da obtener la restitución por una vía que por otra».

Sin embargo, *cualitativamente* nada tiene que ver la restitución regulada en el artículo 1303 del Código civil, con la regulada en el artículo 1124 del mismo.

La *anulabilidad* por vicio del consentimiento, es la *nulidad* contractual puesta al servicio de uno solo de los contratantes (aquel a quien le afecta la causa de anulación), al cual se le protege a través de la legitimación exclusiva que se le otorga para anular el contrato. Anular el contrato es hacer valer su nulidad

genética[2], y por tanto, su insuficiencia (inexistencia) como título justificativo de la transmisión. Desde este punto de vista, queda completamente justificado no solo el total efecto retroactivo de la anulación eficaz, sino igualmente la purga, por repercusión, de todos los actos dispositivos o de gravamen que en ese ínterin se hayan podido realizar o constituir (sin perjuicio de que haya podido jugar algún mecanismo de protección del tráfico, como sucede con el Registro de la Propiedad para inmuebles, y como sucede —según un sector doctrinal— para los bienes muebles, con lo dispuesto en el artículo 464 CC).

En cambio, las consecuencias restitutorias propias de la resolución por incumplimiento (art. 1124 CC) tienen una naturaleza muy distinta, en tanto que se trata de una medida de tutela de un derecho de crédito ante el incumplimiento padecido.

El carácter resoluble de un contrato por incumplimiento, no supone una *forma de ser* de los derechos que, conforme a la ejecución del contrato, adquieran las partes del mismo. El hecho de que sistemáticamente el artículo 1124 del Código civil sea un precepto ubicado en la regulación de las condiciones resolutorias, no debe llevar a una conclusión distinta. El sometimiento de un derecho a condición resolutoria (explícita) es, aquí sí, una forma de ser del derecho, de modo que la transmisión del mismo se hace *en su particular forma de configuración* como lógica consecuencia de la regla «*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*»: el que adquiera al derecho, lo adquiere con sujeción a la condición resolutoria, y ello justifica por sí solo que, en caso de que se dé la condición, la resolución no solo tenga efectos retroactivos, sino que purgue los actos de disposición o de gravamen realizados en el intermedio, para que la cosa (*rectius*, el derecho sobre la cosa) vuelva libre de ellas[3]. Pero la condición resolutoria (implícita) en caso de incumplimiento no puede tener la misma naturaleza, no obstante su ubicación sistemática, que obedece a razones concretas[4]. Así, cuando el último párrafo del artículo 1124 del Código civil dispone que el efecto restitutorio por la resolución «se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a (…) la Ley Hipotecaria», no nos está indicando cuándo la restitución por resolución queda detenida (como si fuera exigible que el tercero que logra la detención de la restitución hubiera de reunir los requisitos del tercero hipotecario), sino que nos indica cuándo el que pide la restitución por el incumplimiento sufrido puede hacer oponible su pretensión, impidiendo que aparezca un tercero protegido, a través de la correspondiente anotación preventiva de demanda. El tercero que queda inmune ante la restitución pedida *ex* artículo 1124 del Código civil, es el que haya adquirido de buena fe, esto es, desconociendo el incumplimiento que justifica la resolución, independientemente de que el objeto de la restitución fuese un bien mueble o inmueble, y en este último caso, independientemente de que reúna o no los requisitos del artículo 34 LH. Como ha puesto de relieve recientemente GARCÍA GARCÍA, la acción resolutoria *ex* artículo 1124 es una acción de carácter personal, y por tanto, no afecta a terceros, y sus efectos se equiparan a las acciones rescisorias, «en que, salvo fraude del tercero civil o hipotecario, no afectan a terceros». Y añade: «En cambio, si se trata de resolución por cumplimiento de condición propia inscrita en el Registro (arts. 23 LH y 1123 CC) o de condición resolutoria en garantía del precio aplazado inscrita en el Registro (arts. 11 LH y 1504 CC), en ambos casos, la acción resolutoria afecta a tercero civil, pero no al tercero hipotecario que cumpla los requisitos del artículo 34 LH» (GARCÍA GARCÍA, 2019, I, 729). Resulta de interés la lectura de las SSTS de 11-VI-1991, y de 21-VI-2002, aun-

que esta última niega que haya diferencia alguna entre los efectos resolutorios de la condición expresa y la resolución por incumplimiento, afirmando que «la resolución es un concepto unitario» (fundamento de derecho segundo, apartado 1), lo cual, por lo dicho, resultan bastante dudoso.

C) La alternativa, en abstracto, entre anular por error, resolver por incumplimiento, o activar el régimen de saneamiento por vicios ocultos.

El actual estado doctrinal y jurisprudencial sobre esta cuestión es favorable a admitir que el acreedor, si en un caso dado puede activar los remedios por incumplimiento (o por vicios ocultos), o los anulatorios por error vicio del consentimiento, puede emplear el mecanismo que prefiera.

a) La STS de 3 de febrero de 1986 resulta muy ilustrativa al respecto, compendiando la doctrina que hasta ese momento, y sobre este particular, había sentado el Tribunal Supremo en sentencias previas. En esta sentencia se puede leer que «*La Jurisprudencia de esta Sala muy genéricamente declaró en su sentencia de seis de mayo de mil novecientos once que las disposiciones del Título I del Libro IV del Código civil, y principalmente las contenidas en el Capítulo 1.º que lleva por epígrafe "Disposiciones generales", son aplicables a toda la materia contractual a no ser que disposiciones especiales reguladoras del contrato de que se trate estén en oposición con aquellas, en cuyo caso, a las especiales hay que atenerse exclusivamente; entendiendo que no existe incompatibilidad entre las acciones edilicias y el artículo 1.101 en relación con el 1.103 y 1.104*». Respecto a la compatibilidad de la acción resolutoria y la acción por vicios ocultos, señala que se ha admitido «*la aplicación al contrato de compraventa, no estorbándolo el régimen de las acciones edilicias, de los artículos 1.101 y 1.124 en función del 1.461*». Y finalmente, en cuanto a la compatibilidad entre la anulación por vicio del consentimiento, y las edilicias por vicio oculto, concluye que «*[t]ampoco faltan sentencias que admiten la concurrencia con las edilicias de las acciones nacidas de error sustancial o dolo, como la de diecinueve de abril de mil novecientos veintiocho, llegando a decir la de seis de junio de mil novecientos cincuenta y tres recaída en un caso de error que la voluntad racional y consciente es la esencia del acto jurídico que puede estar afectado en su formación por un vicio que excluya o disminuya sus características de inteligencia o discernimiento y tal es el error, que anula el consentimiento en virtud del principio general que sienta el artículo 1.265 y que explica el siguiente 1.266 y sin que pueda ser obstáculo para la declaración de nulidad la posibilidad del ejercicio de otras acciones por parte del comprador, como la que en su favor reconoce el artículo 1.486, "pues ningún precepto de nuestro Código excluye la concurrencia de la acción de impugnación por error con las que se derivan de otros artículos, cuya elección corresponde a aquel a quien asisten"*».

De forma más reciente, en la misma línea, puede verse la STS de 19 de noviembre de 2014. En ella puede leerse lo siguiente: «*tanto el abolengo histórico que informó el peculiar régimen del saneamiento en nuestro Código civil, como la función de las acciones edilicias, orientadas objetivamente al plano de la distribución de este riesgo, permiten sustentar una sistematización de estos regímenes que supere la dicotomía existente de la aplicación preferente de la ley especial (*lex especialis*), frente a la norma general, en orden a la relación de compatibilidad que ofrece el régimen general con el particular.*

En efecto, esta razón de sistematización y, por tanto, de compatibilidad, se produce cuando el punto de conexión de ambos regímenes, esto es, la transcendencia o alcance del defecto de la cosa, afecte al ilícito contractual comprometiendo los planos sustantivos de la protección general dispensada al comprador, ya respecto de la validez del contrato (con la acción de anulación por error), o bien, con relación al cumplimiento de la prestación (tras la insatisfacción de la prestación recibida, y la consiguiente acción de incumplimiento contractual); planos o extremos que quedan fuera del particular régimen del saneamiento por vicios o defectos ocultos y que deben ser resueltos, si así se solicita, en atención al régimen general en sede contractual».

b) A nivel doctrinal, un importante sector doctrinal se ha mostrado favorables al reconocimiento de la compatibilidad/alternativa entre acciones por error vicio y las acciones edilicias. MORALES MORENO (1991, 955), GARCÍA CANTERO (1999) o FENOY PICÓN (2010, 1621 y 1631), por todos, se han mostrado favorables a dicha opción, sobre el presupuesto de concurrencia del supuesto de hecho habilitante de ambos bloques normativos. Además, los textos de lo que podríamos llamar «Derecho Uniforme Europeo» son favorables a admitir la compatibilidad entre las acciones por incumplimiento y las acciones de anulación por error (cfr. art. 4:119 PEDC)[5].

La alternativa de activación del saneamiento por vicios ocultos/anulación por error vicio, resulta aceptable desde la configuración del vicio oculto como supuesto de *responsabilidad* del vendedor que no implica *incumplimiento* del contrato. El saneamiento por vicios ocultos, como un sistema de responsabilidad del vendedor, es una necesidad de cara a ofrecer al comprador una protección adecuada en una regulación de la compraventa en la que, teóricamente, una disposición como la del artículo 1468-1.º del Código civil impide hablar de *incumplimiento*, y por tanto, impide activar el régimen de responsabilidad por incumplimiento, cuando el vendedor entrega la cosa vendida tal y como esta estaba en el momento en que el comprador dio su consentimiento, aun cuando conforme a tal estado la cosa entregada sea impropia total o parcialmente para el uso a que se la destina. En este sentido, el artículo 1468-1.º del Código civil es el pórtico del régimen de saneamiento por vicios ocultos, y lo justifica, no como un régimen de responsabilidad por incumplimiento, sino como un régimen de responsabilidad construido sobre un supuesto de hecho concreto: el del vicio oculto.

Desde este punto de vista, resulta sencillo comprender que el supuesto de hecho habilitante del régimen de saneamiento por vicios ocultos, sea también un supuesto de error vicio del consentimiento. El parámetro de cumplimiento de la obligación de entrega de la cosa, queda fijado en el momento en que el comprador da su consentimiento a la compraventa, entendiendo que, si tal fue el estado en cuya contemplación el comprador consideró dar el consentimiento, tal debe ser el estado que la cosa ha de tener en el momento de la entrega. Pero si realmente ese estado de la cosa, en términos normales de mercado, de haber sido conocido por el comprador no lo hubiera comprado, o hubiera dado un menor precio por ella, aunque pueda descartarse que haya un incumplimiento (art. 1468-1.º CC), no elimina el error vicio. En otras palabras: el parámetro de *cumplimiento* por el vendedor, en cuanto al estado de la cosa se refiere, viene integrado por el verdadero estado de la cosa. Ahora bien, siendo el parámetro de *cumplimiento* el verdadero estado de la cosa, el ordenamiento tampoco es insensible a la consideración de los intereses típicos de un comprador, y en este sentido, aunque no niegue que haya cumplimiento, y precisamente porque no

lo niega, debe arbitrar otros mecanismos de protección distintos de los típicos del incumplimiento. Este es el origen y la razón del mantenimiento en nuestro Código civil del saneamiento por vicios ocultos como régimen de responsabilidad del vendedor.

El problema que presenta la regulación de la compraventa en el Código civil, no es que no llegue a proteger los intereses generalmente presentes en el comprador, sino en cómo lo hace: la fidelidad a unos esquemas conceptuales excesivamente rígidos, hace que la cobertura de los intereses del comprador se haga, aunque completamente, también de forma fragmentaria: incumplimiento (arts. 1101 y sigs.) + riesgos por pérdida o menoscabo fortuito (art. 1452) + regímenes de saneamiento (arts. 1474 y sigs.) + anulabilidad por vicios del consentimiento (arts. 1301 y sigs.). Un régimen *general* de incumplimiento, asentado sobre esquemas conceptuales distintos, que girara en torno a la idea de *satisfacción del comprador*, facilitaría la comprensión, y unificaría los distintos aspectos regulativos, concretamente en el contenido de las acciones ejercitables, y en el de los plazos de ejercicio de las mismas[6].

Pero la compatibilidad entre la anulación por error vicio y el sistema de acciones edilicias, explicable por la identidad de los supuestos de hecho que pueden activar ambos bloques normativos, no conduce también a admitir su compatibilidad con las acciones generales por incumplimiento contractual, porque aquí el presupuesto es muy distinto. Seguramente, esta afirmada (y aquí cuestionada) compatibilidad de las acciones por incumplimiento con la anulabilidad por error y el saneamiento por vicios ocultos, tiene su origen, y quizá también solo su sentido, por relación a la doctrina jurisprudencial del *aliud pro alio*, supuesto que se ha tratado como de verdadero y auténtico *incumplimiento contractual* (con todo lo que ello conlleva), aunque de *lege lata* no se distingue del supuesto de vicio oculto más que por la gravedad: cuando el vicio es de tal magnitud que la cosa es completamente inhábil para los fines a que generalmente sirve, entonces (se dice), no es que se haya entregado la cosa debida pero con vicios ocultos, sino que se ha entregado una cosa distinta de la acordada, con lo que (se concluye), lo que se ha producido es un verdadero incumplimiento. Esta forma de razonar, aunque objetable *de lege lata* (baste pensar que la inhabilidad absoluta de la cosa para los fines que le son propios es un supuesto de hecho del vicio oculto *ex* art. 1484 CC), ha permitido llegar a soluciones tal vez más apropiadas *de lege ferenda* especialmente en aquellos casos en que el sometimiento a la disciplina del saneamiento, y por tanto al corto plazo de ejercicio de las acciones allí previstas (seis meses; cfr. art. 1490 CC) era manifiestamente inadecuado.

Por tanto, creemos que hay que ser cauto a la hora de pretender generalizar aquella compatibilidad. Fuera del contexto anterior, un supuesto de hecho calificable como incumplimiento contractual no puede ser fundamento para la anulación contractual por error vicio. Si se admite que hay incumplimiento, es porque la cosa entregada (el *ser*) no se ajusta al programa prestacional que rige el contrato (el *deber ser*). En estos casos, es imposible conceptualmente hablar de *error* por el hecho de que la cosa entregada no se ajuste al programa prestacional, aun cuando en efecto el comprador desconociera que lo entregado no se ajustaba a lo debido. Y ello porque en estos casos, el objeto del contrato, programa prestacional, es *ideal*, y no viene determinado por una *realidad* (como sucede en el caso del art. 1468-1.º del Código civil, en el que la regla contractual viene integrada precisamente por remisión al estado de aquello con lo que el deudor pretende cumplir): si ese objeto *ideal* es entregado al comprador, habrá cumplimiento, y en caso distinto, habrá incumplimiento, pero *no puede haber error*[7].

Cuando el objeto del contrato viene definido íntegramente por remisión a una cosa específica, y al estado en que esa cosa tiene, conforme a los esquemas conceptuales de que parte el Código civil, si la cosa finalmente no se revela conforme a unos criterios de normalidad o de lo que es usual (criterios estos que se superponen al estado real de la cosa) y el Ordenamiento protege de ello al acreedor, la fase en la que adquieren relevancia tales criterios de normalidad es lo que podríamos llamar la *fase genética* del contrato, y en este sentido, la vía natural de protección es la negación de validez del contrato, ya por vicio del consentimiento, ya incluso por imposibilidad de objeto.

Cuando la protección que el Sistema ofrece al acreedor, por el estado del objeto del contrato, pasa a la fase que podríamos llamar *funcional* del contrato, debe presuponerse lógicamente que aquellos aspectos que motivan la reclamación del acreedor han sido incorporados válida y eficazmente al contrato. Solo así pueden ser causa de verdadero *incumplimiento*. El § 311a BGB, introducido por la importante reforma operada en el Código civil alemán en 2001 (modernización del derecho de obligaciones) responde a estas mismas ideas, que son también las que están tras la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos, elaborada en 2002 por la Comisión General de Codificación, en la que se propone la sustitución del régimen de saneamiento por vicios ocultos por un sistema de responsabilidad contractual basado en la idea de *incumplimiento*[8].

2. Resolución por incumplimiento, e indemnización por depreciación del vehículo. Cuestiones de normativa aplicable, y principio *iura novit curia*.

A) Resolución por incumplimiento

La pretensión de resolución por incumplimiento fue ejercitada por la demandante de forma principal y «alternativa»; la indemnización por la depreciación del vehículo lo fue en forma subsidiaria.

Ambas pretensiones fueron desestimadas en primera y en segunda instancia, y no fueron objeto del recurso de casación. Sin embargo plantea una interesante cuestión: por qué no se consideró la aplicabilidad de los artículos 114 y sigs. TRLGDCU'07 (título IV, libro II), aun cuando la compraventa entra indudablemente en el ámbito subjetivo y objetivo de dicho bloque normativo: el contrato es de compraventa, la compradora (demandante) actuaba como consumidora y el vendedor y uno de los demandados (Talleres Menorca, S. L.) actuaba como empresario, y el objeto de la venta era un producto en el sentido del artículo 6 del TRLGDCU'07.

¿Resulta estimable la pretensión de resolución por incumplimiento? El Juzgado en primera instancia, y la Audiencia Provincial en apelación, entendieron que no. En concreto, en la Sentencia de la Audiencia Provincial (Sentencia de 7-IX-2017), transcribiendo parte otra sentencia suya de 11-IV-2017, se puede leer lo siguiente:

«Lo esencial para la resolución contractual es que el incumplimiento impida la realización del fin del contrato o, lo que es lo mismo, que se malogren las legítimas expectativas y aspiraciones de la contraparte (sentencias del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1993 y 22 de junio de 1995). La frustración del fin del contrato se produce, en los términos de los Principios de Unidroit (art. 7.3.1 [2.a]), cuando se "priva sustancialmente" al contratante, en este caso al comprador, "de lo que legítimamente tenía derecho a esperar en virtud del contrato". La sentencia del Tri-

bunal Supremo de 12 de marzo de 2013 señala, citando los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, que:

"el incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato. b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado. c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte".

Pues bien, como antes se ha indicado, no se han acreditado deficiencias en el uso del vehículo ni tampoco que no pueda pasar la ITV, con la corrección técnica ofrecida por Volkswagen. En definitiva, no nos hallamos ante un supuesto de frustración del fin del contrato o de entrega de cosa distinta a la pactada que justifique la resolución del contrato».

El razonamiento gira en torno al carácter *esencial* o *grave* que ha de concurrir en el incumplimiento, que justifique un remedio como la resolución del contrato con base en el artículo 1124 del Código civil. La jurisprudencia y la doctrina son unánimes al respecto. La cuestión es, si se hubiera llegado a la misma conclusión si se hubiese aplicado el régimen de responsabilidad por faltas de conformidad del producto con el contrato (título IV, libro II, TRLGDCU'07), en el cual, la resolución como remedio ante el incumplimiento no exige la *gravedad* del mismo, sino que no sea «de escasa importancia» (último inciso del art. 121 TRLGDCU'07), lo que es bien distinto[9].

Esto nos lleva a la siguiente cuestión: ¿debería haberse resuelto la pretensión conforme a lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aun cuando la demandante argumentó jurídicamente sus acciones en el Código civil (*da mihi factum, dabo tibi ius*)?

La respuesta afirmativa parece la más probable, atendiendo a los márgenes de juego que al principio *iura novit curia* le ha reconocido el Tribunal Constitucional en el proceso civil, con los lógicos límites que imponen el principio dispositivo en el proceso civil, la proscripción de la indefensión, y el deber de congruencia a los hechos y al *petitum*[10]. Como ha indicado TAPIA FERNÁNDEZ, «la concreta norma jurídica no delimita la causa de pedir (y por ello la acción ejercitada) ni vincula en ningún caso al Tribunal sentenciador» (1995, 966). En el mismo sentido, pero desde el punto de vista del deber de congruencia de la sentencia, CORDÓN MORENO concluyó que «lo vinculante para el juez no es la denominación de la acción o de la excepción, sino el contenido efectivo de la misma» (1995, 1458).

Llevada esta doctrina al caso que ahora estudiamos, parece indudable que no hubiera incurrido en incongruencia ni en indefensión, la sentencia que hubiese estimado la acción resolutoria ejercitada por la demandada, con fundamento en el artículo 121 TRLGDCU'07, por mucho que la demanda hubiese estado fundamentada en este punto en el artículo 1124 del Código civil. El Juzgado de Primera Instancia no solo no hubiera incurrido en incongruencia de haberlo hecho, sino que, creemos, *debió* haberlo hecho, considerando que:

1) No había ninguna duda que el vendedor actuaba como empresario y la compradora demandante actuaba como consumidora. La demandante fundamentó su pretensión indemnizatoria en los preceptos del TRLGDCU'07 reguladores de la responsabilidad del fabricante por productos defectuosos, lo que se desestimó,

no porque la demandante no fuera consumidora, sino porque no se consideró que el vehículo fuera defectuoso en el sentido en que, para ese bloque normativo, hay que entender por defectuoso un producto.

2) Ni la reparación ni la sustitución, que son los remedios *primarios* alternativos que se reconocen al consumidor ante la falta de conformidad de los productos con el contrato, eran procedentes en este caso; lo que abre la puerta al consumidor a plantear los remedios *secundarios* (rebaja del precio o resolución del contrato). Como remedio secundario, la rebaja del precio siempre es posible, mientras que la resolución solo lo es si la falta de conformidad «no es de escasa importancia».

3) La resolución que como remedio reconoce el artículo 121 TRLGDCU'07 es una acción cuyo «contenido efectivo» es el mismo que el de la resolución contractual *ex* artículo 1124 del Código civil.

4) La falta de conformidad que motiva la pretensión, aunque en primera y segunda instancia no se consideraron lo suficientemente graves como para justificar la resolución del contrato, empleando como parámetro de «gravedad» el correspondiente al artículo 1124 del Código civil, debieron haberse considerado «no de escasa importancia» en el sentido del artículo 121 TRLGDCU'07.

El régimen de responsabilidad por las faltas de conformidad del producto con el contrato, desde la Ley 23/2003, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (ahora refundida en el TRLGDCU'07) se dictó con objeto de ser un régimen *imperativo* para todas las operaciones de tráfico que entraran dentro de su ámbito objetivo y subjetivo, y en los aspectos disciplinados por tal regulación[11]; no se olvide que esta Ley, y ahora el contenido del título IV, libro II TRLGDCU'07, obedece a los deberes transpositivos impuestos por la Directiva Comunitaria 1999/44/CE, de 25 de mayo. Y a lo sumo, admitir la posibilidad de activar mecanismos alternativos de protección, solo hubiera sido posible cuando ello redundara en beneficio del consumidor (habida cuenta de que la armonización pretendida por aquella Directiva de 1999 era *de mínimo*, y no *de máximos*).

Debió, pues, aplicarse el título IV, libro II, TRLGDCU'07, aun cuando el demandante fundara sus pretensiones en el régimen general del incumplimiento del Código civil. Debió, por tanto, estimarse la pretensión resolutoria con fundamento en el TRLGDCU'07.

B) Indemnización por depreciación del vehículo

Desde el punto de vista del contenido de la acción ejercitada (petición de indemnización por depreciación del vehículo), esta corresponde sustancialmente con la acción de *rebaja del precio* que, como remedio de *secundario*, reconoce el artículo 118, en relación con los artículos 121 y 122 del TRLGDCU'07.

No obstante, y sin perjuicio de lo indicado, debe tenerse presente que la acción de *rebaja del precio* no es una acción de naturaleza *indemnizatoria*. Los criterios de imputación para la estimación de una y otra pretensión, aunque suelan coincidir, no tienen por qué hacerlo; y además, la lógica y mecánica de ambas acciones son muy distintas.

a) La acción de rebaja del precio es un remedio reconocido al consumidor en los artículos 114 y sigs. del TRLGDCU'07, cuyo presupuesto es el *incumplimiento*

contractual que supone la entrega de un producto no conforme con el contrato. El incumplimiento en esta sede, está desprendido de cualquier término culpabilístico, y aún más, de cualquier idea de imputabilidad de la causa de la falta de conformidad a su ámbito de control en el sentido del artículo 1105 del Código civil. La falta de conformidad del producto con el contrato es un tipo de incumplimiento *objetivo*, que desplaza la tradicional regla *res perit emptori* en la compraventa del Código civil (cfr. art. 1452 CC).

En cambio, la acción indemnizatoria presupone la imputabilidad subjetiva de la causa del incumplimiento, y en concreto, a que la causa del incumplimiento se haya originado en la esfera de control del deudor (aunque no haya actuado de forma culpable o negligente), esto es, que el incumplimiento no haya venido de un *suceso*, de un *caso fortuito/fuerza mayor*.

b) Por otro lado, la acción de rebaja del precio no tiene finalidad indemnizatoria. Su finalidad no es proteger el interés positivo del acreedor, sino más bien *redefinirlo*. No adapta lo ejecutado al contrato, sino justo al revés: redefine los términos conmutativos del contrato (el precio) para adaptar este a lo realmente ejecutado. De este modo, no es que se resarza el incumplimiento/interés contractual, sino que este se estrecha para dejar fuera de sus contornos el incumplimiento padecido, que ya deja de ser calificable como tal[12].

En cambio, la indemnización funciona justo al revés: protege el interés positivo del acreedor, en los términos en que el contrato surgió en la realidad jurídica como mecanismo de distribución del riesgo contractual. De ahí que la acción indemnizatoria sea acumulable a la de rebaja del precio, siempre que con ello no se obtenga una sobrecompensación por el acreedor.

Una vez hechas las distinciones anteriores, lo cierto es que, en muchas ocasiones los presupuestos de la acción de rebaja del precio y los de la acción indemnizatoria coinciden, y en ese sentido, el ejercicio de alguna de ellas, y la condena final por la otra, no debiera generar indefensión, y estaría amparado por el ya mencionado principio *iura novit curia*, de la misma forma en que vimos debía entenderse que sucedía con la resolución. Sin embargo, en este punto existe una diferencia muy importante: en cualquiera de los casos el demandante ha de probar la entidad del daño/entidad del minusvalor del producto por causa de la falta de conformidad; y es aquí donde radica la razón por la que la pretensión, en este punto, fue (y hubo de ser) desestimada en el caso analizado por la sentencia que se comenta.

La sentencia de segunda instancia, transcribiendo parte de otra sentencia suya del mismo año, afirma: «*la parte actora solicita una indemnización de ... euros por la depreciación sufrida por el vehículo. Para la determinación de esta cantidad el actor toma como referencia la caída de cotización de las acciones de Volkswagen en Bolsa tras la publicación de escándalo. Sin embargo, este es un parámetro financiero que nada tiene que ver con la depreciación del vehículo que no es un producto financiero, sino un objeto de la vida real.*

Todo vehículo usado sufre una depreciación respecto a su valor "a nuevo", inmediatamente después de haberse producido su compraventa. El actor adquirió su Volkswagen Golf en 2010 y no se ha demostrado en qué medida o porcentaje la instalación del software para manipular los controles de emisiones de gases ha incrementado la depreciación en el mercado de ocasión de automóviles Volkswagen, ni de su coche en concreto, máxime si se lleva a cabo la corrección técnica que le ha ofrecido la demandada.

La parte actora funda esta petición indemnizatoria, que cuantifica en... euros en la depreciación de las acciones de Volkswagen en Bolsa como consecuencia de la publicidad del que califica como "escándalo", pero se trata de una reclamación que en estos términos no puede prosperar puesto que el actor no es accionista ni el precio del vehículo que adquirió tiene relación directa con el valor de las acciones de la compañía que lo fabrica».

La sentencia de la Audiencia Provincial no permite apreciar si, en efecto, la demandante había empleado también, como parámetro de cálculo de la depreciación del vehículo, la depreciación de las acciones del fabricante, pero podemos presumir que la transcripción que la sentencia de segunda instancia hace es útil para su razonamiento, con lo que podemos deducir que, en efecto, el fundamento de la pretensión indemnizatoria fue, también, el de la depreciación en bolsa de las acciones del fabricante. En este sentido, el razonamiento que hace la Audiencia para desestimar en este punto la acción indemnizatoria por depreciación del vehículo, resulta correcta, y por las razones que en ella misma se pueden leer; y por lo mismo, tampoco podría haberse estimado la pretensión por la vía de la rebaja del precio.

3. El principio de relatividad de los contratos

Abordamos ahora un tema fundamental, que sugiere la lectura de esta sentencia que se comenta y la de apelación previa: *el principio de relatividad de los contratos*. Habiendo sido el origen de las acciones ejercitadas el incumplimiento del contrato de compraventa del vehículo, la demandante ejercita la acción indemnizatoria, además de frente al vendedor (Talleres Menorca, S. L.), frente al fabricante del producto, Seat S. A. Sin embargo, no se interpone acción alguna frente a Volkswagen, que fue la fabricante del motor y la que instaló *maliciosamente* el software que alteraba los resultados de emisiones de gases cuando el vehículo se sometía a inspección técnica. Seat S. A., aunque se presentaba como fabricante final del vehículo, no fabricaba el motor ni el software malicioso que llevaba incluido, esto es, de la sentencia se deduce que Seat S. A. no intervino en esta actuación maliciosa.

Este matiz se revela fundamental para un análisis completo del caso. Seat S. A. es ajena a la instalación fraudulenta del software en los motores de los vehículos que fabrica, esto es, es ajena a este comportamiento *doloso*, y en este sentido, su eventual responsabilidad directa frente al consumidor debe venir regida por lo dispuesto en el artículo 124 TRLGDCU'07.

Situación distinta merece Volkswagen. Aunque esta empresa no aparece como fabricante del producto, ni está unida con el consumidor de forma directa mediante un contrato, el haber actuado en la forma en que lo hizo la coloca sin embargo en una situación en la pueden esgrimirse argumentos para afirmar, ya su responsabilidad extracontractual, ya su responsabilidad *contractual*, y en ambos casos, directa frente al consumidor que sufre la insatisfacción, y en ambos casos también, de contenido indemnizatorio.

La comprensión de estos posibles fundamentos, de la responsabilidad indemnizatoria de Volkswagen, exige detenerse en el llamado «principio de relatividad de los contratos», y analizar dos situaciones limítrofes al mismo que serán el objeto de los siguientes subepígrafes.

A) Ideas generales del llamado «principio de relatividad de los contratos»

El contrato es concebido en el Código civil ante todo como una de las fuentes de las obligaciones, y por consiguiente, de los derechos de crédito que son su reflejo. Las obligaciones nacen, entre otras fuentes, de los contratos (art. 1089 CC); y desde este punto de vista se entiende con facilidad que «los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan» (art. 1257-1.º CC), que es la expresión legal del llamado «principio de relatividad de los contratos». Como ha señalado, por todos, DÍEZ-PICAZO, «[l]a regla contractual (…) [s]i vinculara a otras personas, dejaría de ser verdadera regla de autonomía privada y para los vinculados no autores constituiría un precepto heterónomo» (2007, 522).

Naturalmente, el efecto relativo de los contratos en el sentido anterior, no impide que haya contratos cuya causa-función socioeconómica que le da sentido exija precisamente la oponibilidad frente a todos de la relación jurídica surgida. Baste pensar en el contrato de sociedad civil (cfr. art. 1669 CC). Tampoco impide que los contratos puedan ser *oponibles* frente a terceros, como mecanismo de resolución de conflictos, como sucede en el caso de la doble venta (art. 1473 CC).

Pero además de lo anterior, y a los fines que nos proponemos en este comentario jurisprudencial, resulta fundamental comprender los límites de este *principio de relatividad de los contratos*. En este sentido, dos son los casos limítrofes que conviene tener presentes, y sobre los que nos detendremos: en primer lugar, la posibilidad de considerar el contrato como realidad, en sí mismo, como fenómeno *empírico*, susceptible de ser dañado por terceros; y en segundo lugar, la asunción de obligaciones por «contacto social», lo que difumina las fronteras entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. Ambos aspectos son, además, útiles a los efectos de este comentario, porque, como veremos, la actuación dolosa del fabricante Volkswagen permite construir su responsabilidad indemnizatoria *directa* frente al consumidor.

Detengámonos por separado en los dos aspectos anteriores.

B) El contrato como realidad en sí misma, susceptible de protección por los mecanismos de la responsabilidad extracontractual

El contrato no es solo fuente de derechos y obligaciones para los contratantes, sino que es también una *realidad socioeconómica en sí misma considerada*. Las ideas al respecto de Renato SCOGNAMIGLIO son muy clarificadoras, en el sentido de que uno de los efectos del contrato, es el surgimiento del contrato mismo. Según las ideas del citado autor, «hay que separar, por un lado, el efecto que coincide en el plano dinámico con la existencia del negocio, el cual, al ser válido para identificar dicha figura, puede llamarse "negocial" (en sentido estricto); y por otro lado, los efectos que corresponden a las disposiciones de las partes, los cuales, al permitir realizar en el plano del derecho la función práctica del negocio, pueden llamarse "finales" (2004, 340). (…) [E]l negocio es identificado (como fenómeno jurídico) en tanto es reconocido como tal, y en tanto le es atribuida, en consecuencia, la idoneidad para realizar ulteriores efectos correspondientes a su función. Debe admitirse, entonces (…) que el efecto jurídico consiste (…) en su existencia misma, como acto de autonomía (relevante para el derecho), que ya constituye una situación jurídica nueva» (2004, 343).

En este sentido, el principio de relatividad de los contratos, formulado desde el artículo 1257 del Código civil, está considerando el contrato desde lo que SCOG-

NAMIGLIO ha llamado sus «efectos finales»; pero este principio de relatividad no niega (no puede negar) que la existencia del contrato es una realidad, un efecto jurídico, que como tal existe frente a todos, y no solo entre los contratantes; y el derecho de crédito que surge de él, es un *bien* en sí mismo considerado, susceptible de cumplir, en el ámbito de su titular, funciones patrimoniales activas (exigencia al deudor de la conducta debida) y pasivas (respaldo de su responsabilidad personal, como un *bien* más en el sentido del artículo 1911 CC).

El principio de relatividad de los contratos no puede negar, ni la posibilidad ni la relevancia, de que terceros a un contrato puedan interferir, en perjuicio de alguno de los contratantes, en la génesis del contrato o en la dinámica del mismo:

— En cuanto a lo primero (interferencia de los terceros en la fase genética del contrato), en sede de vicios del consentimiento, el artículo 1268 del Código civil concede relevancia anulatoria al contrato celebrado bajo intimidación o violencia empleada por un tercero; y en cuanto al dolo de tercero, aunque la doctrina está de acuerdo en no concederle consecuencia anulatoria, tampoco niega que el autor del dolo haya de responder por los daños y perjuicios ocasionados frente al contratante que lo padeció (DÍEZ-PICAZO, 2007, 206), daños y perjuicios para cuya cuantificación el contrato celebrado es un elemento principal de cálculo, aun cuando esta responsabilidad haya de fundarse en las reglas de la *extracontractual*.

— En cuanto a lo segundo (interferencia de terceros en la fase de cumplimiento del contrato), resultan muy expresivas las palabras de DESBOIS, en sus adiciones a la obra de GAUDEMET *Teoría General de las obligaciones*, y que se transcriben a continuación: «El principio de relatividad de los contratos debe por lo demás entenderse juiciosamente: significa tan solo que las personas extrañas a un contrato no pueden invocar derechos fundados en él, ni quedar sujetas a las obligaciones que del mismo se derivan. Pero el contrato existe respecto de ellas, al igual que respecto de las partes, como acto lícito y como tal deben respetarlo. De tal suerte que el tercero que se hace cómplice de la violación de una obligación contractual cometida por una de las partes contratantes, incurre en una responsabilidad delictuosa» (1974, 228, nota al pie núm. 111), esto es, extracontractual.

La idea parece clara, y debe compartirse (sin perjuicio de lo que más abajo se explicará en relación a cuál haya de ser la naturaleza de la responsabilidad de este tercero). La conducta *dolosa* de un tercero ajeno al contrato, pero cuya actuación afecta a la satisfacción del interés contractual de una de las partes (perjudicado), cuando el dolo además se refiere precisamente a la causación de tal daño, eso no convierte al agente del daño en responsable *contractual*, pero resulta también obvio que el dolo cualifica su posición, y permite imputar objetivamente el daño padecido a su conducta[13]; desde luego, cuando hay complicidad con otro de los contratantes, pero también cuando no la hay.

Cuando hay complicidad, la responsabilidad del tercero es clara; pero lo que no parece tan claro es el fundamento de la misma. *A priori*, la respuesta intuitiva sería entender que la responsabilidad del tercero habría de ser extracontractual. Pero, como ha señalado DÍEZ-PICAZO, esta solución podría conducir a dificultades prácticas, pues aun cuando hay complicidad entre el tercero y un contratante, la responsabilidad de ambos se regiría por reglas distintas tanto en cuestiones de imputabilidad como en el plazo de prescripción de las acciones, cuando «el resarcimiento tiene que ser unitario, en aplicación del principio *non bis in idem*. Más lógico parece por tanto considerar el acto de violación conjunta del derecho

de crédito como un acto unitario sometido a un régimen también unitario de responsabilidad» (2007, 743).

En cambio, cuando esa complicidad no existe, tampoco existe esa necesidad de tratamiento unitario, y parece que, aquí sí, la responsabilidad del tercero habría de regirse conforme a las reglas de la extracontractual. Esto es lo que parece que sucede en el caso tratado en la sentencia que comentamos: Volkswagen no actuó con la complicidad ni de Seat ni del vendedor Talleres Menorca.

El principio de relatividad de los contratos, delimita el ámbito subjetivo de los efectos finales del contrato (como fuente de derechos y obligaciones), pero no puede ser un factor que exonere de responsabilidad a los terceros cuya conducta pretenda afectar a los contratantes, por el solo hecho de que ellos no son «parte» en el contrato: en este ámbito, lo que interesa es el contrato como realidad jurídica en sí misma considerada[14]. DÍEZ-PICAZO se ha referido al «perjuicio del derecho de crédito como daño aquiliano», y ha afirmado que «se propende a admitir la existencia de un deber de respeto del derecho de rédito por parte de los terceros que no es nada más que una consecuencia del deber general de respeto de todos los derechos subjetivos y de todas las situaciones jurídicas que forman la esfera jurídica ajena. Por ello, se ha pensado que el tercero que viola, dolosa o negligentemente, un derecho ajeno, asume por este solo hecho una determinada responsabilidad y deber de resarcir al titular del derecho los daños que como consecuencia de ello se le siguen» (2007, 742). Estas afirmaciones están hechas pensando en la hipótesis en que el hecho dañoso se produce *después* del nacimiento del derecho al cual daña; pero nada impide, y más bien aconseja, que la misma conclusión deba admitirse cuando la conducta del agente es *previa* al nacimiento del derecho, especialmente cuando la conducta es dolosa y, además, *adecuada* conforme a unos parámetros de previsibilidad normales para afirmar que la causación del daño no podía ser descartada como improbable[15], sino más bien al contrario: el agente del daño no podía desconocer el perjuicio que causa con su actuar, y aun así, actuó[16]. Esto es precisamente lo que sucede en el supuesto origen del conflicto: el vehículo fue fabricado precisamente con el fin de introducirlo en el mercado.

En definitiva, pueden afirmarse argumentos de este orden para fundamentar la responsabilidad indemnizatoria directa de Volkswagen, cuanto menos, conforme a las reglas de la responsabilidad *extracontractual*.

C) Las obligaciones por «contacto social» como fundamento de responsabilidad contractual

La sentencia del Tribunal Supremo objeto de este comentario, realiza unas muy interesantes afirmaciones en relación al fabricante Seat S. A. En el punto 14 del fundamento de derecho cuarto puede leerse lo siguiente: «si el automóvil no reúne las características con las que fue ofertado, respecto del comprador final no existe solamente un incumplimiento del vendedor directo, sino también del fabricante que lo puso en el mercado y lo publicitó. Y el daño sufrido por el comprador se corresponde directamente con el *incumplimiento atribuible al fabricante*» (la cursiva es mía). Y en el punto 15 del mismo fundamento de derecho, se añade que el derecho de la demandante «a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos puede verse frustrado si el vendedor deviene insolvente. Asimismo, puede ocurrir que el régimen de responsabilidad del vendedor sea menos

satisfactorio para el comprador que el aplicable al fabricante, de acuerdo con la distinción contenida en el artículo 1107 del Código civil, porque es posible que el vendedor sea un incumplidor de buena fe mientras que el fabricante sea un incumplidor doloso».

Como se ve, el Tribunal Supremo no duda al calificar la responsabilidad del fabricante como verdadera responsabilidad *contractual*, por las razones que se leen en los fragmentos transcritos. Y seguramente, por lo que vamos a explicar a continuación, esta calificación resulta apropiada; pero lo que sí es dudoso, es que resulte apropiada para Seat, si admitimos que esta era ajena al fraude. Más bien debiera haber sido Volkswagen la que habría de responder directamente frente a la demandante, con fundamento en las reglas de la responsabilidad *contractual*, y no Seat. Las razones de esta afirmación son las siguientes:

Debe descartarse la calificación de la responsabilidad como contractual o extracontractual, atendiendo exclusivamente a si entre los sujetos existe o no un contrato y el daño se ha producido, además, en la órbita del mismo. Han de ser los fundamentos y finalidad de uno y otro tipo de responsabilidad los que lleven a calificar la responsabilidad de un tipo u otro. Y en esta sentencia, la descripción que el ponente (Excmo Sr. D. Rafael SARAZA JIMENA) hace del contexto general en el que un consumidor adquiere un vehículo[17], se hace en términos que entran en la idea de responsabilidad por «contacto social», defi nda en palabras de Nicolò LIPARI como una obligación sin prestación (2016, 226) susceptible de ser causa de responsabilidad contractual. En cierto modo, esto no es totalmente extraño en nuestra jurisprudencia[18], y permite construir la responsabilidad de los auxiliares de la prestación sobre los esquemas de la responsabilidad *contractual*, aunque entre el acreedor y los auxiliares no existe un vínculo contractual inmediato.

Las reglas de la responsabilidad civil contractual deben activarse allí donde se produce un daño en un contexto en que los intervinientes han asumido, expresa o implícitamente, un reparto de riesgos que, a la postre, permitirá o no la imputación del daño padecido por una de las partes a la otra. Y esto no solo sucede entre dos *contratantes*: sucede también en un caso como el que trata la sentencia objeto de este comentario, en el que una persona, con su actuación *dolosa*, asume el riesgo de insatisfacción *contractual* de otra persona, aunque entre ellos no haya un vínculo contractual inmediato[19]. Esta forma de enfocar la cuestión puede explicar afirmaciones que, en una primera aproximación a la sentencia, podrían resultar difíciles de comprender, como la contenida en el apartado 17 del fundamento de derecho cuarto: «…en este sector de la contratación, una interpretación del artículo 1257 del Código civil que respete las exigencias derivadas del artículo 8.c) TRLCU y que tome en consideración la realidad del tiempo en que ha de ser aplicado (art. 3 del CC), determina que no sea procedente en estos supuestos separar esos contratos estrechamente conexos mediante los que se articula una operación jurídica unitaria (la distribución del automóvil desde su fabricación hasta su entrega al comprador final)». Estas afirmaciones, vistas desde la óptica argumental de las obligaciones por «contacto social», se comprenden con mayor facilidad.

Lo único que resulta dudoso de esta forma de argumentar del Tribunal Supremo es que se haya aplicado a Seat. En el caso concreto, desde luego, no pudo aplicarse a Volkswagen porque la demandante no había ejercitado acción frente a ella, pero no debió aplicarse a Seat, si damos por cierto que no fue cómplice en la manipulación de los motores.

4. Una última cuestión: la condena *solidaria*, al vendedor y a Seat S. A., al pago de una indemnización por daño *moral*

Finalizamos este comentario, analizando la única pretensión que se estimó en primera y segunda instancia (la condena a la vendedora Talleres Menorca, a la indemnización por el daño moral padecido por la demandante), y que en casación se amplió también al fabricante Seat, S. A. declarando a esta última responsable solidaria con la vendedora del daño moral padecido.

Dos son las cuestiones sobre las que nos detendremos: en primer lugar, la existencia del daño moral, y en segundo lugar, la articulación de la responsabilidad por tal daño como solidaria.

A) El daño moral en el ámbito de la responsabilidad contractual

Si analizamos los casos en que el Tribunal Supremo ha abordado la indemnización del daño moral, en el ámbito de la responsabilidad contractual, la mayoría de ellos se refieren, ya a supuestos de responsabilidad de abogados o procuradores (por el mal planteamiento [o no planteamiento] de las acciones o recursos procedentes, en relación con la pérdida de oportunidad que ello conlleva para el cliente, y en íntima conexión con la conculcación al derecho fundamental de tutela judicial efectiva *ex* art. 24 de la Constitución), ya a supuestos de responsabilidad médica (en distintas materias, pero dentro de ellos merecen destacarse los supuestos que suelen conocerse con la expresión anglosajona *wrongful birth*, en los que está implicado de forma muy acusada el libre desarrollo de la personalidad —cfr. art. 10.1 de la Constitución—).

Ciertamente, cuando es posible conectar el incumplimiento contractual con el menoscabo a un derecho subjetivo constitucionalmente protegido que entra dentro del ámbito de cobertura del contrato, la identificación del daño moral indemnizable resulta, en la práctica, relativamente sencillo. En el resto de los casos, los contornos del daño moral indemnizable se tornan difusos, y se asientan sobre ideas como la incomodidad padecida, el desasosiego sufrido o la angustia. El peligro que supone esta forma de proceder, por bien que esté en la línea de lo que podríamos llamar Derecho Uniforme Europeo[20], es hacer entrar por la vía del daño moral lo que son verdaderos daños punitivos, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 1107 del Código civil.

Esto es lo que sucede, por ejemplo, en la STS 366/2010, de 15 de junio. En ella se trató de un supuesto de compra de participaciones de una sociedad limitada, que había sido celebrado mediante dolo por parte de los vendedores en cuanto a la viabilidad de la sociedad dedicada a la enseñanza de inglés. El demandante hubo de soportar numerosos incidentes, amenazas, reproches, constantes llamadas a horas intempestivas e, incluso, episodios de violencia física. Ello conllevó un menoscabo en su salud por los durísimos meses que transcurrieron hasta el cierre de la empresa, razón por la que hubo de recibir tratamiento facultativo y someterse a medicación, quedando secuelas psicosomáticas duraderas. Es por ello por lo que solicitó una indemnización por el daño moral padecido. El Tribunal Supremo, en este caso, y en consideración a lo dispuesto en el artículo 1107 del Código civil, concluyó que «dada la naturaleza puramente económica y mercantil del contrato, no consta que en el contenido del contrato se hubiesen tomado en consideración, implícita o explícitamente, los daños morales que pudiera producir su incumplimiento. *Sin embargo*, (…) el incumplimiento fue *doloso*, por

lo cual la imputación objetiva alcanza a los daños morales relevantes derivados del incumplimiento, independientemente de que el cumplimiento del contrato comportase o no la obligación de preservar a la otra parte de dichos daños».

En la sentencia objeto de este comentario, también está presente el artículo 1107 del Código civil como argumento para extender al fabricante Seat S. L. la responsabilidad por el daño moral padecido por la demandante, y concretado en la «inquietud, preocupación y molestias injustificadas que supuso la instalación del dispositivo que falseaba los test de emisión de gases contaminantes, y la llamada a revisión de los vehículos afectados cuando se descubrió la manipulación». Como se ha señalado, en el apartado 15 del fundamento de derecho cuarto, el Tribunal Supremo sostiene que el derecho a la indemnización de la demandante, si solo se condenara a la empresa vendedora «puede verse frustrado si el vendedor deviene insolvente. Asimismo, puede ocurrir que el régimen de responsabilidad del vendedor sea menos satisfactorio para el comprador que el aplicable al fabricante, de acuerdo con la distinción contenida en el artículo 1107 del Código civil, porque es posible que el vendedor sea un incumplidor de buena fe mientras que el fabricante sea un incumplidor doloso».

El sentido de un precepto como el artículo 1107 del Código civil, como ha señalado la mejor doctrina, es impedir que, ante un comportamiento doloso o gravemente imprudente del deudor, el fin protector del contrato pueda ser utilizado como un límite de imputación objetiva, al incumplimiento, del daño ocasionado. No se trata tanto de que el daño ocasionado haya actualizado un riesgo distribuido entre los contratantes, cuanto de que el contrato ha sido *ocasión* para la causación de un daño que sobrepasa su fin protector, y que por tanto merece ser asignado conforme a las reglas de imputación propias de la responsabilidad *extracontractual*[21].

El peligro que supone la indemnización del daño moral es la sobrecompensación que puede suponer el hecho de compensar el haber padecido un daño que va a ser, por otro lado, íntegramente indemnizado. En otras palabras: estamos ante la hipótesis en que se va a indemnizar el daño padecido, y además, el hecho empírico mismo de haberlo padecido; esto último exige, en términos lógicos, 1) bien la afirmación de un *derecho a no sufrir incumplimientos* o *a no sufrir daños* en sí mismo, 2) bien la identificabilidad apriorística de un derecho subjetivo susceptible de ser dañado por el hecho mismo del incumplimiento o de la conducta dañosa. Lo primero, que conecta con el problema de la antijuridicidad en el sistema de responsabilidad civil, seguramente debe descartarse; lo segundo exige esa identificabilidad para lo que, seguramente, los derechos subjetivos reconocidos constitucionalmente ofrecen una referencia sólida. Pero lo que sí debiera descartarse en nuestra opinión, es que el carácter doloso del hecho dañoso implique, casi de forma automática, la indemnizabilidad del daño moral, porque esto es hacer que el sistema de responsabilidad civil cumpla funciones propias del derecho sancionador (funciones punitivas), que le son ajenas.

En la sentencia que es objeto de este comentario, el Tribunal Supremo entiende indemnizable, en concepto de daño moral, aquella «inquietud, preocupación y molestias injustificadas» padecidas por la demandante. En este sentido, la sentencia no se expone más a la crítica que a la que se expone la jurisprudencia que ya había creado antes, y que esta sentencia reitera. Pero además no parece tenerse en cuenta que Seat era *ajena* al fraude, y en todo caso, debiera haber sido Volkswagen quien hubiese debido ser condenada, y no Seat, que fue ajena a la conducta dolosa, como también fue ajena a dicha conducta dolosa la otra condenada, la vendedora Talleres Menorca.

B) La condena solidaria a vendedor y productor por daño moral

El Tribunal Supremo, después de argumentar que la responsabilidad contractual del fabricante debe declararse, a la vista de la realidad del mercado de vehículos, de lo dispuesto en el artículo 1107 del Código civil, y tras apuntar que conforme a la realidad social en que las normas han de ser aplicadas (art. 3 CC) no resulta procedente «separar esos contratos estrechamente conexos mediante los que se articula una operación jurídica unitaria (la distribución del automóvil desde su fabricación hasta su entrega al comprador final)», concluye: «el fabricante del automóvil tiene frente al adquirente final la responsabilidad derivada de que el bien puesto en el mercado no reúne las características técnicas anunciadas por el fabricante. Esta responsabilidad es solidaria con la responsabilidad del vendedor, sin perjuicio de las acciones que posteriormente este pueda dirigir contra aquel. Y, consecuentemente, procede reconocer al fabricante del vehículo la legitimación pasiva para soportar la acción de exigencia de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual consistente en que el vehículo adquirido (…) no reunía las características, en cuanto a emisiones contaminantes, con las que fue ofertado» (fundamento de derecho cuarto, apartado 18).

En este caso, la sentencia que se comenta disciplina la responsabilidad del fabricante desde la óptica de la llamada solidaridad impropia, entendida esta como solidaridad que surge, no de la ley ni del contrato (art. 1137 CC), sino *de la propia sentencia*. Se trata de supuestos en que la solidaridad dimana de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que hayan concurrido a su producción, cuando, además, no resulta posible individualizar las respectivas responsabilidades[22].

No es este el lugar apropiado para analizar críticamente esta doctrina jurisprudencial, que por otro lado indudablemente favorece el resarcimiento del perjudicado, y le releva de una carga probatoria que en la práctica totalidad de los supuestos no hubiera podido llevar a cabo. Pero en el caso de la sentencia, y desde la perspectiva de la responsabilidad *contractual* (que es así como se califica), la solidaridad pasiva encuentra un poderoso argumento en contra en el artículo 1137 del Código civil, aun cuando este precepto deba aplicarse, lógicamente, conforme a la realidad actual (art. 3 CC). En este sentido, resultan muy ilustrativas las siguientes palabras de CAFFARENA LAPORTA, que se transcriben a continuación: «Es claro que no cabe hoy entender los artículos 1137 y 1138 del Código de igual modo que en el momento en que este texto legal entró en vigor, lo impide el distinto contexto normativo y la diferente realidad social. Es obligado ir más allá de una lectura apegada a los textos de los preceptos citados y a sus antecedentes. Ello puede y debe llevarnos a entender que en el ámbito de los contratos cabe llegar incluso a través de una interpretación integradora de los mismos a concluir que las obligaciones establecidas son solidarias. Es más, si la interpretación del contrato no resuelve la duda sobre el tipo de obligación (solidaria, mancomunada, indivisible) cabe admitir que antes de aplicar la regla de la mancomunidad acudamos no solo a la aplicación directa de un precepto legal que disponga la solidaridad para ese tipo de contrato, lo cual es evidente, sino también, si se dan los requisitos para ello, a una aplicación analógica de un precepto referido a otra relación distinta» (2002, 38).

Pues bien, en nuestro caso, no solo no existe ninguna regla que permita llegar a la solidaridad por aplicación analógica, sino *todo lo contrario*. Basta leer lo dispuesto en el artículo 124 TRLGDCU'07, regulador de la responsabilidad

directa del productor frente al consumidor, por las faltas de conformidad del producto con el contrato[23].

Es cierto que el artículo 124 TRLGDCU'07 genera dificultades interpretativas, especialmente, en el sentido de lo dispuesto en su párrafo segundo, en el cual, tras disponer que la responsabilidad del productor frente la consumidor cesará en los mismos casos y condiciones que las previstas para el vendedor, añade que «*el productor responderá por la falta de conformidad cuando esta se refiera al origen, identidad o idoneidad de los productos, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan*». El problema interpretativo se produce a la hora de buscar el sentido a esa responsabilidad por las faltas de conformidad referidas al origen, identidad o idoneidad de los productos, lo que ha producido que las primeras sentencias que tuvieron que abordar el problema de la posición jurídica del productor por las faltas de conformidad, afirmaran abiertamente la posibilidad de que el consumidor pudiera dirigirse *directamente* frente al productor[24], lo que llevó a afirmar una responsabilidad de este *solidaria* con la del vendedor final[25].

Sin embargo, hay buenas razones para sostener: 1) que la responsabilidad del productor en el marco del artículo 124 TRLGDCU'07 es *subsidiaria*; y 2) que los criterios de imputación de responsabilidad enunciados en el segundo párrafo del citado precepto, solo tienen virtualidad en las relaciones contractuales internas entre fabricante y vendedor, pero no son oponibles ante el consumidor.

Es innegable que con una lectura del artículo 124 en clave de *responsabilidad solidaria* del productor y del vendedor la protección del consumidor es mayor. Pero analizando detenidamente la cuestión, parece más probable una conclusión distinta. El artículo 124 TRLGDCU'07 es el que transpone al Derecho español el artículo 4 de la Directiva 1999/44/CE. El precepto comunitario dispone:

Cuando el vendedor final deba responder ante el consumidor por falta de conformidad resultante de una acción u omisión del productor, de un vendedor anterior perteneciente a la misma cadena contractual o de cualquier otro intermediario, el vendedor final podrá emprender acciones contra la persona responsable en la cadena contractual. La legislación nacional determinará quién es el responsable, o los responsables, contra los que podrá emprender acciones el vendedor final, así como las acciones y las condiciones de ejercicio correspondientes.

De la lectura de esta disposición, se observan con claridad dos partes bien diferenciadas en el texto comunitario: 1) por un lado la disposición *impone*, como Derecho mínimo, el reconocimiento al vendedor de una acción de repetición frente al productor o cualquiera de los eslabones de la cadena de distribución del producto; 2) por otro lado, el legislador comunitario se desentiende del régimen de dicha acción de repetición, remitiéndose sin más, a lo que esté previsto en cada uno de los Estados miembros.

El fundamento de esta previsión comunitaria hay que buscarlo en que, desde un primer momento, la Directiva 1999/44/CE fue concebida como el segundo de los elementos fundamentales de protección comunitaria al consumidor (el primero de ellos fue la Dir. 1993/13/CE). Más en concreto, el sentido del artículo 4 de la Directiva 1999/44/CE hay que buscarlo en los trabajos de elaboración de la misma. En la *Propuesta del Parlamento y del Consejo*, de junio de 1996[26], el equivalente es el apartado 5 del artículo 3: «*cuando el vendedor final deba responder ante el consumidor por una falta de conformidad resultante de un acto u omisión del productor, de un vendedor anterior perteneciente a la misma cadena contractual o de cualquier otro intermediario, el vendedor final podrá siempre recurrir contra la persona responsable, en las condiciones establecidas en los Derechos nacionales*». En los comentarios al articulado que se incluyen en la citada propuesta de Directiva,

en relación a este artículo 3.5 se explica lo siguiente: «*Las disposiciones nacionales aplicables a las ventas entre profesionales son normalmente menos estrictas que las aplicables a las ventas entre un profesional y un consumidor. En este sentido, los vendedores pueden, con frecuencia, incluir en sus contratos cláusulas de exención de su responsabilidad por la garantía legal. Estas cláusulas serán válidas para el Derecho comunitario, puesto que la Directiva núm. 93/13 sobre las cláusulas abusivas limita su ámbito de aplicación a los contratos celebrados entre «un consumidor y un profesional». Esta situación puede hacer que recaiga injustamente en los vendedores finales toda la responsabilidad por los defectos de los bienes resultantes de un acto u omisión de otra persona. Así ocurrirá especialmente en el caso de los defectos de fabricación, de los defectos provocados por una mala utilización de un intermediario anterior o incluso de las faltas de conformidad resultantes de las declaraciones citadas en el párrafo d) del apartado 2 del artículo 2*». Y concluye: «*Aunque la presente propuesta de Directiva se refiere a la venta final de bienes de consumo, resulta también necesario establecer en su texto, en favor del vendedor final, el derecho a entablar acciones judiciales contra las personas responsables, a fin de repercutir sobre ellas los gastos causados por los defectos que les sean imputables. Las modalidades de ese derecho a entablar acciones judiciales se determinarán en los Derechos nacionales*».

La conclusión es clara: el objeto de la disposición comunitaria no es otro que limitar la autonomía de la voluntad, con el fin de evitar que el vendedor final pueda tener cerradas las puertas a una reclamación frente a sus proveedores. Se entiende así que, por ser esta la finalidad, no era necesario regular esa acción de repetición. Esta ha sido en realidad la finalidad que la disposición ha tenido y se ha hecho patente en todas las fases de la tramitación de la Directiva, no solo en la Propuesta de 1996[27]. No importan cuáles sean los presupuestos para una acción de repetición articulada conforme a la regulación nacional preexistente a la transposición: lo único que importa es que el vendedor profesional no quede desprotegido por una cláusula contractual, y que el ordenamiento nacional permita dicha repetición.

Una vez se ha explicado lo anterior, los términos del artículo 124 TRLGDUC'07 parecen adquirir un sentido más claro. En este sentido, podemos concluir, si analizamos el contenido de los tres párrafos del artículo 124 TRLGDCU'07, que:

a) El primero de ellos, referido a la posible acción del consumidor frente al *productor*, exigiendo la reparación o la sustitución cuando a aquel le resulte imposible o muy gravoso dirigirse frente al *vendedor*, no es una exigencia de la Directiva, no solo porque no se deriva del artículo 4 de la misma, sino porque expresamente el artículo 12 del texto comunitario remite a un futuro analizar si procede o no introducir la responsabilidad directa del productor.

b) El *tercer* párrafo del artículo 124 TRLGDCU'07, al prever el plazo de un año para la acción de repetición, tampoco es una exigencia del mínimo impuesto por la Directiva, por las razones arriba apuntadas.

c) Finalmente, respecto al *segundo* párrafo del artículo 124 TRLGDCU'07, parece lógico extraer las siguientes conclusiones:

— Al disponer en su primer inciso, que los plazos y condiciones de responsabilidad del *productor*, «a los efectos de este título», son los mismos que los que tiene el vendedor final frente al consumidor, es evidente que el legislador *no se refiere a la acción de repetición* del vendedor frente a él, pues para este supuesto el tercer párrafo del precepto ya prevé un plazo diferente (un año). En

consecuencia, la referencia es a la acción que entabla el consumidor frente al productor, y por tanto en los términos del primer párrafo del artículo 124, es decir, cuando al consumidor le resulte imposible o muy gravoso dirigirse frente a su vendedor. Esto conlleva otra conclusión: este primer inciso del segundo párrafo del artículo 124 tampoco era necesario desde el punto de vista del derecho mínimo de la Directiva.

— Por otro lado, el *segundo* inciso del artículo 124-2.º TRLGDCU'07, al disponer que el productor responde de la falta de conformidad derivada del origen, identidad o idoneidad del producto, en definitiva está acotando el ámbito de imputabilidad de la responsabilidad del productor, es decir, los casos en que la falta de conformidad deba ponerse a su cargo en los términos del artículo 4 de la Directiva («falta de conformidad resultante de una acción u omisión del productor, de un vendedor anterior perteneciente a la misma cadena contractual o de cualquier otro intermediario»). De esta forma, se delimita el marco en el cual el productor responderá frente al vendedor en una acción de repetición, pero *no está delimitando* los criterios de imputación de la acción que pueda interponer un consumidor frente al productor. El primer párrafo del artículo 124, al delimitar la acción del consumidor frente al productor, emplea tres elementos:

1) Un elemento *habilitante*: la imposibilidad o dificultad de dirigirse frente al vendedor.

2) Un elemento que podríamos llamar «prestacional»: solo puede exigirse la reparación o la sustitución.

3) Un elemento *causal* del supuesto de hecho en que se basa la pretensión de reparación o sustitución: que *exista una falta de conformidad de los productos con el contrato*[28]. La amplitud de este último concepto es mayor que *la falta de conformidad referida al origen, identidad o idoneidad de los productos de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan* a que se refiere este segundo párrafo del artículo 124, así que este necesariamente ha de estar presuponiendo un supuesto distinto al caso en que el consumidor se dirige directamente al productor por imposibilidad o dificultad de dirigirse frente al vendedor (ap. 1).

En definitiva, *la «primera» parte del artículo 124-2.º está conectado funcionalmente con el 124-1.º, y se refieren a la acción directa que puede entablar el consumidor frente al productor. En cambio, la «segunda» parte del artículo 124-2.º se refiere a una eventual acción de repetición, y está conectada con el 124-3.º*[29].

«Cuando al consumidor y usuario le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse frente al vendedor por *la falta de conformidad* de los productos con el contrato podrá reclamar directamente al productor con el fin de obtener la sustitución o reparación del producto» (124-1.º), con lo que es perfectamente coherente que, de esta forma, la responsabilidad del productor cese «en los mismos *plazos y condiciones* que los establecidos para el vendedor» (124-2.º, primera parte). Pero de cara a una eventual acción de repetición, los términos de esta son completamente distintos, pues la eventual estimación de la misma depende de *otros plazos*: el de *un año* previsto en el artículo 124-3.º; también depende de *otras condiciones*: que la falta de conformidad deba ponerse a cargo del demandado (concretamente, si el demandado fuese el productor, que la falta de conformidad «se refiera al origen, identidad o idoneidad de los productos, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan» —artículo 124-2.º, segunda parte—).

Si se admitiese una acción directa y automática frente al productor para los casos en que le fuese imputable a este la falta de conformidad (esto es, por faltas referidas *al origen, identidad o idoneidad de los productos de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan*, en términos del ap. 2), se llegaría a conclusiones difícilmente encajables con la finalidad de la norma, y con el sistema de responsabilidad diseñado. Además, llama la atención que todas las enmiendas que tanto en el Congreso[30] como en el Senado[31] se plantearon durante la tramitación de lo que luego sería la Ley 23/2003, y que tendían a hacer responsable al *productor frente al consumidor* solo por las faltas de conformidad que le fueran imputables, se rechazaron primeramente en el Congreso, se aceptaron en el Senado, pero al devolver el texto al Congreso no se aceptaron. Si la intención del legislador hubiese sido hacer responsable al productor frente al consumidor solo por lo que le fuese imputable, no se entiende por qué en el texto finalmente aprobado se eliminó toda referencia a ello, habiéndose incluido ya en el texto que el Senado devolvió al Congreso.

Finalmente, si el sentido del segundo inciso del artículo 124-2.º TRLGDCU'07 (referido a hacer responsable al productor por la falta de conformidad derivada del origen, identidad, ...) fuese hacer siempre posible la acción frente al productor cuando la falta de conformidad le fuese a él imputable, quedaría aún por encontrar cuál es la disposición que se encarga de transponer el artículo 4 de la Directiva, en el sentido que revelan sus antecedentes, tal y como hemos visto.

El que, como punto de partida, deba descartarse la responsabilidad *contractual solidaria* del productor y el vendedor (*ex* art. 124 TRLGDCU'07) por las faltas de conformidad del producto con el contrato, hubiera debido descartar también la responsabilidad contractual solidaria, de productor y vendedor, por el daño moral derivado de la falta de conformidad.

III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Sentencias del Tribunal Constitucional

- STC 182/2000, de 10 de julio
- STC 173/2002, de 9 de octubre

Sentencias del Tribunal Supremo

- STS 3-II-1986
- STS 11-VI-1991
- STS 21-VI-2002
- STS 19-VII-2007
- STS 15-VI-2010
- STS 19-XI-2010
- STS 19-XI-2014
- STS 17-IX-2015
- STS 25-XI-2016
- STS 14-IX-2018
- STS 14-III-2019

Sentencias de Audiencias Provinciales

- SAP Murcia, 30-V-2006
- SAP La Coruña, 21-V-2007

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

- RDGRN de 19-XI-1996

IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA

CAFFARENA LAPORTA, Jorge (1985). El requisito de identidad del pago en las obligaciones genéricas. *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXVIII, fasc. IV.

CAFFARENA LAPORTA, Jorge; ATAZ LÓPEZ, Joaquín (coords.) (2002). Las obligaciones solidarias. *Jornadas de Derecho Civil en Murcia*. Valencia: Tirant lo Blanch.

CASTILLA BAREA, Margarita (2005). *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*. Madrid: Dykinson.

COSTAS RODAL, Lucía (2004). El régimen de la falta de conformidad con el contrato en la compraventa de bienes de consumo. *Aranzadi Civil*, I.

CORDÓN MORENO, Faustino (1995). Voz congruencia. En Montoya Melgar (dir.). *Enciclopedia Jurídica Básica*. Madrid: Civitas, Tm. I.

DÍEZ-PICAZO, Luis (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Tm. I, *Introducción. Teoría del contrato*. Madrid: Civitas.

FENOY PICÓN, Nieves (2010). Artículos 1484 y 1494, en *Comentarios al Código civil*. Valladolid, Lex Nova.

GARCÍA CANTERO, Gabriel. Artículo 1483-2.º (1999). En Albaladejo (dir.). *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* [en línea]. Tm. XIX. Madrid: Revista de Derecho Privado (disponible en https://2019.vlex.com/#WW/vid/257522).

GARCÍA GARCÍA, José Manuel (2019). *Legislación hipotecaria y del crédito inmobiliario*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters. Tm. I.

GAUDEMET, Eugène (1974). *Teoría general de las obligaciones*. Traducción de Pablo Macedo. México: Porrúa.

LANDO, Ole; BEALE, Hugh (2003). *Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II*. Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel EMBID IRUJO y Fernando MARTÍNEZ SANZ. Madrid: Consejo General del Notariado.

LETE ACHIRICA, Javier (2004). La transposición de la Directiva 1999/44 en el Derecho español mediante la Ley de 10 de julio de 2003 de garantías en la venta de bienes de consumo. En LETE ACHIRICA, Javier. *Garantías en la venta de bienes de consumo. Les garanties dans la vente de biens de consommation*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela.

LIPARI, Nicolò (2016). *Las categorías del Derecho Civil*. Prólogo y traducción de Agustín LUNA SERRANO. Madrid: Dykinson.

MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M. (2007). *La falta de conformidad en la compraventa de bienes. Análisis comparado de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*. Barcelona: Bosch.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María (1995). Voz Justo título, En Montoya Melgar (dir.). *Enciclopedia Jurídica Básica*. Madrid: Civitas, Vol. III.

Morales Moreno, Antonio Manuel (1993). Artículo 1484, en VV. AA. *Comentario del Código civil*. Tm. II. Madrid: Ministerio de Justicia.
— (2010). *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Madrid: Civitas,.
PANTALEÓN PRIETO, Fernando (1993). Artículo 1902, en VV. AA. *Comentario del Código civil*. Tm. II. Madrid: Ministerio de Justicia.
ROPPO, Vincenzo (2001). *Il contratto*. Padua: Giuffrè.
SCOGNAMIGLIO, Renato (2004). *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. Edición, traducción y notas de Leysser L. León. Lima: Grijley.
SERRA RODRÍGUEZ, Adela (2006). La responsabilidad del productor en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo. *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 16.
TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (1995). Voz causa de pedir, En Montoya Melgar (dir.). *Enciclopedia Jurídica Básica*. Madrid: Civitas, Vol. I.

NOTAS

[1] Probablemente, lo contrario hubiese pasado si la acumulación de las acciones se hubiese hecho en orden inverso, esto es, planteando como acción principal la anulación por error, y subsidiaria la resolutoria por incumplimiento. El ejercicio de la acción resolutoria como subsidiaria, no hubiera podido implicar la purga del error vicio que fundamenta la petición principal.

[2] El contrato anulable no es un contrato válido mientras no se ejercita la acción de anulación. Es un contracto actualmente inválido, solo que la invalidez se pone solo al servicio de una de las partes. De ahí que el contrato anulable no es título *válido* a efectos de usucapión ordinaria (cfr., aunque muestra sus dudas, Miquel GONZÁLEZ [1995, 3905]).

[3] Arg. artículo 23 LH. Véase también la RDGRN de 19-XI-1996.

[4] La ubicación del artículo 1124 obedece a una determinada concepción de las relaciones contractuales, que atiende más a la fase genética que a la fase funcional de los contratos bilaterales. Como se ha puesto de manifiesto, el Código civil, al regular lo que podríamos llamar parte general de las obligaciones, parte de la relación obligatoria unilateral. Desde este punto de vista, el artificio de entender sometida cada obligación en un contrato bilateral a condición resolutoria implícita no deja de ser una solución de técnica regulativa coherente con aquel punto de partida.

[5] Dispone este artículo 4:119 que «La parte que tenga derecho a ejercitar alguna de las acciones de este capítulo [son las acciones ante vicios del consentimiento] en circunstancias que le den también derecho a aplicar acciones para casos de incumplimiento, puede utilizar cualesquiera de dichos medios». Los comentarios de LANDO y del BEALE que acompañan a este artículo son ilustrativos: «En algunas situaciones, unos mismos hechos pueden analizarse como un supuesto de error o de información incorrecta, o como un supuesto de incumplimiento. […] En tales casos no parecen existir razones para impedir que la parte perjudicada escoja el tipo de remedios que desea que se apliquen» (2003, 413).

[6] En efecto, uno de los argumentos que se han utilizado también para dar entrada al régimen general del incumplimiento y al error anulatorio, con sacrificio del régimen de saneamiento por vicios ocultos, es el muy corto plazo de ejercicio de las acciones edilicias (cfr. art. 1490 CC: seis años a contar desde la entrega de la cosa vendida). De ahí también la generosidad con la que la jurisprudencia ha ido construyendo el concepto de *aliud pro alio*, como supuesto de incumplimiento contractual, para escapar de los estrechos márgenes temporales régimen de saneamiento por vicios ocultos, lo que se ha revelado especialmente útil en la compraventa de viviendas.

[7] Esto explica por qué el régimen de saneamiento por vicios ocultos no es apropiado en la compraventa de géneros, sino solo a la compraventa de cosa específica. Y explica por qué debiera entenderse que el régimen de responsabilidad contractual previsto en el Título

IV del Libro II TRLGDCU'07 (arts. 114 y sigs.) no deja espacio a la anulabilidad por error vicio referida a la calidad o cualidades del producto.

[8] Resulta muy ilustrativa la lectura del apartado XV de su preámbulo, que se transcribe a continuación: «La imposibilidad inicial ha sido considerada, tradicionalmente, en los ordenamientos europeos como una causa de nulidad del contrato. A ese criterio responde la redacción del párrafo primero del anterior artículo 1460. Pero tal criterio se halla sometido a revisión. El hecho de que al tiempo de celebrarse el contrato de compraventa se haya perdido la totalidad de la cosa objeto de la misma no excluye necesariamente la existencia del contrato, ya que su objeto no es tanto el real cuanto aquello sobre lo que han convenido las partes. La imposibilidad inicial no excluye que exista incumplimiento, con aplicación de los consiguientes remedios, salvo la pretensión de cumplimiento. El vendedor debe responder del incumplimiento de ese contrato, si ha hecho confiar al comprador en la existencia de la cosa. Esta nueva manera de resolver el problema de la imposibilidad inicial ha inspirado la modificación del Código. El artículo 1460 ha sido suprimido sustituyendo su regulación actual por la del nuevo artículo 1450».

[9] Un incumplimiento puede no ser esencial, y a la vez, no ser de escasa importancia. No se trata de expresar la misma idea de dos formas distintas. Los PELS (*Principios Europeos del contrato de compraventa*) resultan muy ilustrativos al respecto. El apartado 1 del artículo 4:206 dispone que «el comprador podrá resolver el contrato (...) si la falta de conformidad *es esencial*»; el apartado 2 del mismo precepto añade: «en una venta de consumo, el comprador podrá resolver el contrato salvo que la falta de conformidad sea de *escasa importancia*» (las cursivas son mías). Es fácil apreciar la contraposición de ideas: lo que no es de escasa importancia no es, necesariamente, esencial.

Estudiando la entonces Ley 23/2003, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, luego refundida junto con otras en el actual TRLGDCU'07, LETE ACHIRICA entendió que solo el defecto menor es el que no permite la resolución, de forma que no es necesaria la gravedad de la falta de conformidad para exigirla (2004, 215). En la misma línea, CASTILLA BAREA (2005, 249-250) apuntó que «entre lo leve y lo grave hay todo un conjunto de supuestos intermedios en los que el defecto ni es esencial, ni es tampoco absolutamente despreciable», y en los que se integraría el supuesto que permitiría acudir a la resolución como remedio.

[10] Resulta especialmente clarificadora, a los efectos que nos proponemos en este trabajo, la STC 182/2000, de 10 de julio, en la que puede leerse en su fundamento jurídico tercero lo siguiente: «*La incongruencia por exceso o extra petitum es un vicio procesal que se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes, e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones en el proceso. En tal aspecto constituye siempre una infracción del principio dispositivo y de aportación de las partes que impide al juzgador, en el proceso civil, donde ahora nos movemos, pronunciarse sobre aquellas peticiones que no fueron esgrimidas por las partes, a quienes se atribuye legalmente la calidad de verdaderos domini litis y conformar el objeto del debate o thema decidendi y el alcance del pronunciamiento judicial. Este deberá adecuarse a lo que fue objeto del proceso, delimitado a tales efectos por los sujetos del mismo (partes), por la súplica (petitum) y por los hechos o la realidad histórica que actúa como razón o causa de pedir (causa petendi). Ello no comporta que el Juez haya de quedar vinculado rígidamente al tenor literal de los concretos pedimentos articulados por las partes en sus respectivos escritos forenses o a los razonamientos o alegaciones jurídicas esgrimidas en su apoyo. Por un lado, el principio iura novit curia permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque los litigantes no hubieren invocado; y, por otro lado, el juzgador solo está vinculado por la esencia y sustancia de lo pedido y discutido en el pleito, no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente formuladas por los litigantes, de forma que no existirá la incongruencia extra petitum cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una de ellas que, aun cuando no fuera formal o expresamente ejercitada, estuviera implícita o fuera consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso.*

Más concretamente, desde la perspectiva constitucional este Tribunal ha venido declarando reiteradamente que, para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, se requiere que la desviación o el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (ultra petitum) o algo distinto de lo pedido (extra petitum), "suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes" (STC 20/1982, de 5 de mayo), de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones y argumentos que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales (SSTC 20/1982, de 5 de mayo, 86/1986, de 25 de junio, 29/1987, de 6 de marzo, 142/1987, de 23 de julio, 156/1988, de 22 de julio, 369/1993, de 13 de diciembre, 172/1994, de 7 de junio, 311/1994, de 21 de noviembre, 91/1995, de 19 de junio, 189/1995, de 18 de diciembre, 191/1995, de 18 de diciembre, 60/1996, de 4 de abril, entre otras muchas)».

En un sentido muy similar, la posterior STC 173/2002, de 9 de octubre, en la que puede leerse: «*Los Tribunales no tienen necesidad ni tampoco obligación de ajustarse —en los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus fallos— a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes, pudiendo basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, pues ni la congruencia implica "un ajuste literal a las pretensiones" (SSTC 142/1987, de 23 de julio, FJ 3; y 182/2000, de 10 de julio, FJ 3) ni el principio iura novit curia exige a los Tribunales "la carga de someter servilmente el razonamiento jurídico que les sirve de motivación para el fallo, a las alegaciones de los litigantes" (STC 87/1994, de 14 de marzo, FJ 4).*»

[11] Resulta muy claro el siguiente pasaje de la exposición de motivos de la ya derogada Ley 23/2003: «*La modificación que se lleva a cabo implica crear un régimen específico aplicable a los contratos de compraventa civil de bienes de consumo celebrados entre los consumidores y los vendedores profesionales. El régimen de saneamiento de vicios ocultos del Código civil permanece inalterado, siendo de aplicación a las compraventas civiles no comprendidas en el ámbito de la directiva. El régimen contenido en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista sigue siendo aplicable para regular los aspectos de la garantía comercial que no vienen recogidos en esta ley.*

En conclusión, las acciones de reparación y sustitución del bien vendido, de rebaja de su precio y de resolución de la compraventa previstas en esta ley sustituyen, en el ámbito de las compraventas de bienes de consumo, a las acciones redhibitoria y quanti minoris derivadas del saneamiento por vicios ocultos, y dejan a salvo las acciones indemnizatorias que asisten a los compradores.»

[12] Esto explica por qué el precio acordado en un contrato ha de ser un parámetro interpretativo de la obligación y de la calidad de la prestación a que tiene derecho el acreedor. *De lege lata*, el artículo 1167 del Código civil, ofrece un importante argumento en favor de ello, por cuanto se considera que la calidad media a que el precepto se refiere como elemento de la prestación solutoria, es tal en tanto en cuanto el precio que se ha fijado por ella sea, también, un precio *medio*, pero no en otro caso (véase al respecto CAFFARENA LAPORTA [1985]).

De lege ferenda, y sobre la misma línea, véase lo dispuesto en el artículo 415-2.2,*b*) de la *Propuesta de Código Mercantil* elaborada por la Comisión General de Codificación-Sección de Derecho Mercantil (2013), en el que se menciona el precio como elemento para considerar, en caso de duda, si una obligación contractual lo es de medios o de resultado.

En la Jurisprudencia reciente, véase la STS 3103/2018, de 14 de septiembre de 2018.

[13] Aunque ese daño deba calcularse en buena medida conforme a las reglas del contrato-distribución de los intereses y riesgos del mismo contrato.

[14] Como expuso Vincenzo ROPPO (2001, 565), «Il principio [en relación con el principio de relatividad de los contratos] (…) non impedisce che il contratto crei (a favore delle parti) situazioni giuridiche che i terzi sono tenuti a rispettare, a pena di subire reazioni legali del contraente leso»

[15] Conforme al criterio de imputación objetiva de la *adecuación*, «no cabe imputar objetivamente un concreto evento dañoso a la conducta causante del mismo, cuando la producción de dicho evento habría sido descartada, como extraordinariamente improbable, por un observador experimentado que, contando además, en su caso, con los especiales conocimientos del dañante, hubiese considerado la cuestión *ex ante*, en el momento en que el dañante se dispuso a realizar la conducta que desembocó en el evento dañoso de cuya imputación se trata» (PANTALEÓN PRIETO, Fernando A. [1993, 1987]).

[16] Naturalmente, la «previsibilidad» que permite la imputación objetiva del daño, está referida al daño mismo, no a las posibilidades de su descubrimiento. No puede admitirse el razonamiento siguiente: puesto que el engaño era muy elaborado, resulta improbable su descubrimiento, *ergo* la imputabilidad no es posible, porque falla la previsibilidad que exige la imputación. El descubrimiento del daño no puede afectar a su existencia y a su imputabilidad, sino a lo sumo, al *dies a quo* del plazo de prescripción (arg. art. 1969 CC).

[17] Se transcriben a continuación los apartados 12 y 13 de su fundamento de derecho cuarto:

«*12.- En este campo de la fabricación, distribución y venta de automóviles se observa que la regulación de los contratos como unidades autónomas pugna con la realidad económica. Los elementos fundamentales de las relaciones económicas en este sector del automóvil son los situados en los extremos, esto es, el fabricante y el comprador, mientras que los sujetos intermedios (en concreto, los concesionarios) tienen, por lo general, menor importancia. Los automóviles vienen terminados de fábrica y esos sujetos intermedios constituyen un simple canal de distribución, que en ocasiones se diferencia poco de otros sujetos colaboradores del fabricante, pese a que desde el punto de vista jurídico esos sujetos intermedios sean operadores independientes y constituyan una de las partes de los contratos que, de un lado, se celebran entre el fabricante (o el importador) y el concesionario y, de otro, entre el concesionario y el comprador final, contratos conexos en los que se plasma esa relación económica que va desde la producción del automóvil hasta su entrega al destinatario final.*

13.- Entre el fabricante y el comprador final, pese a que formalmente no han celebrado un contrato entre sí, se establecen vínculos con trascendencia jurídica, como son los relativos a la prestación de la garantía, adicional a la prevista legalmente, que es usual en este sector, o la exigibilidad por el consumidor final de las prestaciones ofertadas en la publicidad del producto, que generalmente ha sido realizada por el propio fabricante y que integran el contrato de compraventa por el que el consumidor adquiere el vehículo. Además, con frecuencia, el importador y el distribuidor pertenecen al mismo grupo societario que el fabricante, o están integrados en una red comercial en la que el fabricante tiene un papel importante, como ocurre actualmente en las redes de distribuidores de automóviles».

[18] Puede verse al respecto la STS de 19 de julio de 2007, dictada en un supuesto de responsabilidad por mal seguimiento médico de un embarazo. Se condenó a la correspondiente indemnización no solo al médico que llevó el seguimiento prenatal, sino también al genetista que realizó los estudios cromosómicos, aun cuando los padres demandantes y aquel ni siquiera se conocían. El fundamento de la condena al genetista fueron las reglas de la responsabilidad *contractual*.

[19] La solución habría de ser distinta si la conducta no fuese dolosa. En tales casos, la falta de elemento *intelectivo* en el fabricante, aunque pudiera afirmarse su negligencia, no puede suponer para él asunción del riesgo de insatisfacción contractual de un adquirente posterior (sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra, claro está, ante su particular e inmediato comprador). En todo caso, sí parece que la negligencia *grave* debe equipararse a la conducta *dolosa*.

[20] La tendencia a admitir la indemnizabilidad de los daños morales en el marco de la responsabilidad contractual es clara, y además, está de acuerdo con las tendencias de lo que podríamos llamar Derecho Uniforme Europeo. Así, el artículo 9:501 PECL, en su apartado 2, incluye dentro de las pérdidas indemnizables las «pérdidas no pecuniarias», que LANDO y BEALE describen como «daños o sufrimientos, molestias o la carga psicológica o «daños morales» que el incumplimiento de la prestación suponga para la otra parte» (2003, 641).

[21] Como ha señalado MORALES MORENO al explicar el sentido del segundo párrafo del artículo 1107 del Código civil, «cuando el incumplimiento supone (además de incum-

plimiento) un acto doloso de un contratante (el deudor), que daña bienes o intereses del otro contratante distintos de los incluido sen le fin de protección del contrato, no podemos limitar la indemnización a estos últimos. Estamos traspasando los límites ordinarios del fin de protección del contrato» (2010, 172).

[22] Véanse, entre otras muchas, las SSTS de 19-XI-2010, 17-IX-2015, 25-XI-2016, y 14-III-2019.

[23] El texto del citado precepto es el siguiente:

Artículo 124. Acción contra el productor.

Cuando al consumidor y usuario le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse frente al vendedor por la falta de conformidad de los productos con el contrato podrá reclamar directamente al productor con el fin de obtener la sustitución o reparación del producto.

Con carácter general, y sin perjuicio de que la responsabilidad del productor cesara, a los efectos de este título, en los mismos plazos y condiciones que los establecidos para el vendedor, el productor responderá por la falta de conformidad cuando esta se refiera al origen, identidad o idoneidad de los productos, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan.

Quien haya respondido frente al consumidor y usuario dispondrá del plazo de un año para repetir frente al responsable de la falta de conformidad. Dicho plazo se computa a partir del momento en que se completó el saneamiento.

[24] En este sentido, las SSAP de Murcia de 30 de mayo de 2006 y de La Coruña de 21 de mayo de 2007.

[25] Cfr. SAP de Madrid de 14-XII-2009.

[26] Documento COM(95) 520 final.

[27] En la *Posición Común* adoptada por el Consejo el 24 de septiembre de 1998 (DOCE 30 de octubre de 1998), al tratar la acción de regreso, se pretendía simplemente su reconocimiento dentro de la cadena de distribución, pero implícitamente permitía un pacto en contrario. La razón que para ello esgrimió el propio Consejo es que era preferible dejar la cuestión a lo que dispusieran los Estados miembros. En el texto finalmente aprobado no se aceptó en este punto la posición del Consejo, reforzando así la protección del vendedor profesional, al impedirse la derogación por la autonomía de la voluntad del régimen de responsabilidad contractual en la cadena de distribución, siendo derecho mínimo impuesto por la Directiva. Esta lectura se confirma posteriormente en la *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento,* de 24 de abril de 2007 (Documento COM (2007) 210 final), en la que se reitera que lo esencial del artículo 4 de la Dir. 1999/44/CE es que no se limiten los derechos del vendedor final que se prevén en la Directiva, independientemente del modelo regulativo que los Estados miembros hayan adoptado al transponer la Directiva.

[28] «Cuando al consumidor y usuario le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse frente al vendedor por *la falta de conformidad de los productos* con el contrato (...)».

[29] En el mismo sentido ya se pronunciaron, aunque con referencia a la entonces vigente Ley 23/2003, COSTAS RODAL, Lucía (2004, 2065); también CASTILLA BAREA, Margarita (2005, 305), SERRA RODRÍGUEZ, Adela (2006, 131-132), y MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M. (2007, 107 y sigs.).

[30] Ven enmienda número 64, presentada por Convengència i Unió, BOCG-Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 117-12, página 52.

[31] Ven enmienda número, 32, presentada por el Grupo Parlamentario catalán en el Senado de Convergència i Unió. BOCG-Senado, Serie II, núm. 128, página 22.

1.6. Responsabilidad Civil

Responsabilidad civil derivada de los daños en los bienes causados por colisión recíproca de vehículos

Civil liability for damages caused by the reciprocal collision of vehicles

por

ESTHER MONTERROSO CASADO
Profesora titular de Derecho civil
Universidad a Distancia de Madrid

RESUMEN: En este artículo se hace un análisis del régimen de responsabilidad aplicable en los supuestos de colisión recíproca de vehículos en los accidentes de circulación. Para ello, se parte de la regulación legal de la responsabilidad civil del conductor por daños materiales en la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (LRCSCVM), y la evolución e interpretación jurisprudencial realizada en la materia. A continuación, el estudio se centra en el supuesto de colisión recíproca de vehículos, diferenciando los casos de culpa probada y los supuestos en los que no se puede determinar el grado de culpa de cada conductor, analizando las distintas posturas doctrinales y las resoluciones dictadas por nuestros tribunales. Se tomará en especial consideración la última Sentencia dictada por nuestro Tribunal Supremo, de 27 de mayo de 2019, que fija como criterio que cada conductor asuma la indemnización de los daños del otro vehículo en un 50%, si bien abre el camino a una posible nueva interpretación tras la última reforma efectuada en la LRCSCVM.

ABSTRACT: This article analyzes the liability system in cases of mutual collision of vehicles in traffic accidents. It is based on the legal regulation of the civil liability of the driver for material damages in the Law on Civil Liability and Insurance in the Motor Vehicles Circulation (LRCSCVM), and the evolution and jurisprudential interpretation performed in these cases. Next, the study focuses on the reciprocal vehicle collision, differentiating cases of proven fault and when the degree of fault of each driver cannot be determined, analyzing the different doctrinal positions and resolutions issued by our courts. Special consideration will be given to the last sentence issued by our Supreme Court, dated May 27, 2019, which establishes as a criterion that each driver assumes compensation for the damage of the other vehicle by 50%, although it opens the way for a possible new interpretation after the last reform carried out in the LRCSCVM.

PALABRAS CLAVES: Responsabilidad civil. Accidentes de circulación. Colisión de vehículos. Resarcimiento de daños.

KEY WORDS: Civil liability. Traffic accidents. Collision of vehicles. Damage compensation.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CRITERIO DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN. —III. LA CONTRIBUCIÓN CAUSAL EN LOS DAÑOS MATERIALES CAUSADOS EN ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN. 1. Régimen aplicable a los daños materiales. 2. Régimen aplicable a los daños recíprocos con culpas probadas. 3 Régimen aplicable a los daños recíprocos sin culpas probadas. *A) Doctrina jurisprudencial en los casos de colisión recíproca sin determinación del grado de culpa de cada conductor. B) Aplicación de la STS de 19 de mayo de 2019 a los casos de daños en los bienes por colisión recíproca sin determinación del grado de culpa de cada conductor.*—IV. CONCLUSIONES. —V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

Las indemnizaciones por daños causados en colisiones recíprocas de tráfico supone una de las cuestiones de índole práctica que más controversia suscita entre conductores, propietarios y aseguradoras de vehículos. Y es que pocos conductores pueden presumir de no haberse visto inmersos en una colisión, por pequeña que sea, si tenemos en cuenta que cada año se contabilizan en nuestro país cerca de dos millones de impactos entre vehículos[1]. De ahí la relevancia y la repercusión de la imputación de la responsabilidad en estos casos y, en definitiva, de quién debe asumir y en qué proporción los costes de estos daños, que son abonados por las aseguradoras o son asumidos por los propietarios de vehículos. No olvidemos que, en nuestro país, el sector del seguro del automóvil mueve 11.135 millones de euros anuales y es una de actividades que más ingresos reporta en el aseguramiento[2].

Sin embargo, los sujetos, una vez inmersos en un siniestro en el que se producen daños materiales en el vehículo, por el hecho de contar con un seguro de responsabilidad civil no verán indemnizados en su totalidad los daños, a no ser que se determine la culpa del otro conductor en su causación. De hecho, son muchas las ocasiones en las que, existiendo manifestaciones contradictorias, no es posible determinar el grado de culpa de cada conductor, lo que adquiere especial relevancia en los casos de daños materiales causados por la colisión recíproca de vehículos. Ante este escenario y debido a una ausencia de regulación legal al respecto nos encontramos con posiciones doctrinales y jurisprudenciales contradictorias, que han ido evolucionando conforme a una mayor efectividad en la cobertura de los daños del seguro obligatorio de responsabilidad civil de vehículos a motor, así como del principio general de responsabilidad por riesgo que preside la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (LRCSCVM).

II. EL CRITERIO DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN

La LRCSCVM, tras la Ley 30/1995, recogió expresamente en su articulado el principio de la responsabilidad por riesgo, adquiriendo un efecto vinculante[3]. De

este modo, desde entonces, el riesgo aparece reflejado, en el artículo 1.1, párrafo primero, como criterio de imputación de la responsabilidad, estableciendo que: «El conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación».

Por lo tanto, este criterio aparece establecido tanto respecto a los daños causados a las personas como en los bienes. Si bien, a continuación, se recogen unas reglas relativas a la carga de la prueba de ciertas circunstancias exoneradoras de esta responsabilidad objetiva del conductor, en función del tipo de daño ocasionado, lo que ha dado lugar, como veremos, a una falta de uniformidad en la interpretación. A este respecto, señala el articulado, por un lado, en cuanto a los daños personales, que: «En el caso de daños a las personas, de esta responsabilidad solo quedará exonerado cuando pruebe que los daños fueron debidos a la culpa exclusiva del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo; no se considerarán casos de fuerza mayor los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos». Y, respecto a los daños materiales, que: «En el caso de daños en los bienes, el conductor responderá frente a terceros cuando resulte civilmente responsable según lo establecido en los artículos 1902 y siguientes del Código civil, artículos 109 y siguientes del Código penal, y según lo dispuesto en esta Ley». Más tarde, ni las modificaciones llevadas a cabo por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, ni por la Ley 21/2007, de 11 de julio, dieron lugar a cambios respecto al criterio de imputación de la responsabilidad. En este marco, la STS de 16 de diciembre de 2008 aclaró que ese criterio de imputación de la responsabilidad en virtud del riesgo derivado de la conducción de vehículos es aplicable a ambos daños, por mucho que, a continuación, se efectúe una remisión al artículo 1902 del Código civil en el supuesto en que acontezcan daños materiales.

Posteriormente, el legislador ha efectuado un importante avance legislativo tras la reforma llevada a cabo por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, aplicable para los accidentes acontecidos a partir del 1 de enero de 2016, que ha supuesto no solo una reforma y derogación integral del sistema para la valoración de estos daños y perjuicios, contenido en el Real Decreto Legislativo 8/2004, sino una modificación relevante en el criterio de imputación de la responsabilidad[4].

Este giro afecta especialmente a los daños personales, al modificarse la moderación de la responsabilidad en los supuestos de concurrencia de culpa de la víctima. Tras la reforma legal se ha modificado la regulación efectuada por el artículo 1.1 y se vuelve a recoger el término de «culpa exclusiva del perjudicado», en lugar del de «conducta o negligencia» del perjudicado. El cambio más significativo procede porque la imputación de la responsabilidad al conductor ajena a la culpa acreditada, de conformidad con el riesgo generado, como venía aconteciendo (propia de un sistema de responsabilidad objetiva), da paso a un nuevo escenario en el que también es posible prescindir de la propia causalidad, lo que lo hace más propio de la cobertura de un seguro de daños que de un seguro de responsabilidad civil. De este modo, en los casos de culpa exclusiva o concurrente de los inimputables (menores de 14 años o a los que sufran un menoscabo físico, intelectual, sensorial u orgánico que les prive de capacidad de culpa civil), salvo en caso de contribución dolosa, no se suprime ni se reduce la indemnización ni tampoco se permite la acción de repetición contra los padres y tutores. y demás personas físicas que, en su caso, deban responder por ellas legalmente. Por otro lado, el legislador posibilita en los demás supuestos (es decir, cuando las víctimas hayan cumplido los 15 años o sean capaces de culpa civil)

que pueda existir culpa exclusiva o concurrencia de culpas, pero limitando, en este último caso, la reducción de la indemnización hasta un máximo del 75%, por lo que no se toma en consideración si su grado de contribución al daño ha sido superior a dicho porcentaje causal. Por dicho motivo, podemos afirmar que el sistema instaurado por la Ley 30/2015, aunque sea encomiable, resulta incompatible con el sistema tradicional de la responsabilidad civil, que exige de una causalidad jurídica para imputar la responsabilidad, por mucho que lo consideremos acorde con el criterio de solidaridad social y protección jurídica de las víctimas. Nos encontramos ante un mecanismo de indemnización sin culpa en aquellos casos en los que se establece una indemnización aunque no exista un nexo causal entre el resultado dañoso y la conducta del agente dañador. Por lo tanto, el escenario actual del sistema de responsabilidad civil en el ámbito de la circulación de vehículos a motor ha quedado deformado, al incorporar a nuestro ordenamiento, un modelo de indemnización que no obedece claramente ni a un sistema de responsabilidad ni a un sistema de indemnización por daños.

Lamentablemente, el legislador no ha tenido en cuenta, a pesar de la relevancia práctica de la cuestión, que gran parte de los accidentes no se originan con intervención, culposa o no, de un solo conductor y una única víctima, sino que son producto de una colisión de vehículos. Ello ha originado problemas de interpretación en el caso de daños recíprocos sin culpa probada, que se ha visto incrementada porque el legislador no solo omite una regulación al respecto sino porque, en esta última reforma, elimina del precepto, es decir, del último apartado del artículo 1.1, la referencia que se efectuaba a la «equitativa moderación» respecto a la responsabilidad y al reparto en la cuantía de la indemnización, atendida la respectiva entidad de las culpas concurrentes, en los supuestos en los que concurrieran la negligencia del conductor y la del perjudicado. Es posible entender que esa eliminación se efectúa para que no genere conflicto con la regulación efectuada, a continuación, en el artículo 1.2 del texto legal, pero al predicarse respecto a ambo tipo de daños potencia la conflictividad en los casos de colisión recíproca por daños materiales.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que el legislador sigue estableciendo un régimen de regulación distinto en función de los daños. Lo más acertado hubiera sido que no se estableciera esa dicotomía en la regulación de los daños personales y materiales causados a la hora de determinar la responsabilidad de cualquier daño derivado en la circulación de vehículos a motor[5]. Obviamente, los intereses del sector asegurador en este ámbito han podido constituir un gran lastre para el legislador, que se ha visto abocado a no efectuar más cambios.

III. LA CONTRIBUCIÓN CAUSAL EN LOS DAÑOS MATERIALES CAUSADOS EN ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN

1. Régimen aplicable a los daños materiales

En los casos en los que un conductor ocasiona daños en la circulación el principio de imputación de responsabilidad del conductor es el del riesgo cómo premisa general, sean estos daños corporales o materiales. Sin embargo, como hemos visto, frente a los daños materiales se establece un régimen de responsabilidad por culpa del conductor frente a tales bienes cuando resulte civilmente responsable, a tenor de la remisión a los artículos 1902 y siguientes del CC, el artículo 109 del actual CP y de la propia Ley. Por lo tanto, el régimen de respon-

sabilidad aplicable respecto a los daños materiales, al residir en la culpa, dista del régimen de los daños personales.

Si partimos de ambas premisas, el factor riesgo constituye un elemento clave para imputar la responsabilidad también en estos casos. Precisamente, la STS de 16 de diciembre de 2008 (cuyo ponente fue el magistrado Juan Antonio XIOL RÍOS), efectuando un giro sustancial a la postura tradicional mantenida por numerosos tribunales de apelación, al examinar la atribución de responsabilidad por los daños materiales causados en el vehículo con el que se produjo la colisión, toma como base el artículo 1 de la LRCSCVM y parte, en su interpretación, del principio de responsabilidad por riesgo, como acontece respecto a los daños personales. En su resolución, la Sala establece el criterio de la atribución de la responsabilidad en virtud del riesgo tanto para el caso de daños corporales como materiales, aunque exista una colisión recíproca de vehículos. Si bien, respecto de los daños materiales esa responsabilidad queda sujeta a la culpa con una inversión de la carga de la prueba, de manera que, para quedar exonerado de responsabilidad, debe probar su actuación diligente. De este modo sostiene: «En cuanto a los daños materiales causados por la circulación, la LRCSVM 1995, partiendo de un principio de responsabilidad por riesgo en el artículo 1.1 I LRCSVM 1995, que se proclama con carácter general para todos los daños derivados de la circulación que afecten a la persona o a los bienes, exige respecto de estos últimos la concurrencia de los requisitos de carácter subjetivo establecidos para la responsabilidad extracontractual en el artículo 1902 (art. 1.1 III LRCSVM 1995). De la interpretación sistemática de los preceptos que se acaban de citar se infiere la necesidad de que se pruebe la culpa o negligencia por parte del conductor, si bien la referencia al principio de responsabilidad por riesgo, según una jurisprudencia inveterada de esta Sala surgida, entre otros ámbitos, en el ámbito de la circulación de vehículos de motor, comporta una presunción de culpabilidad en contra del conductor causante del daño, que puede ser destruida por prueba en contrario. En el caso de colisión entre los vehículos, según la jurisprudencia invocada por la parte recurrente, la única alteración significativa resulta, como se ha expuesto, de que, al encontrarse los conductores en la misma situación, se anulan las consecuencias de la presunción de culpabilidad en el sentido de que esta no puede operar únicamente respecto de uno de ellos frente al otro; pero surge la necesidad de determinar en cuál de los dos se aprecia negligencia o una contribución causal en la producción del daño suficiente para presumir la existencia de culpa salvo prueba en contrario, o si la responsabilidad debe ser distribuida entre ambos por haber actuado concurrentemente en virtud de un principio de compensación de culpas. Esto no supone obstáculo alguno a la aplicación del principio de responsabilidad subjetiva ni a las particularidades de imputación de responsabilidad inherentes a las actividades que generan riesgos, según el sistema que establece la LRCSVM 1995».

Con posterioridad, la STS, de Pleno, de 10 de septiembre de 2012, resolviendo también un supuesto de colisión en el que no existía prueba del punto de impacto ni de qué vehículo fue el que invadió el carril contrario y, por lo tanto, no se podía saber si la culpa causalmente determinante del siniestro fue de uno u otro conductor, recoge el anterior pronunciamiento y reitera que el hecho de que no exista prueba sobre la culpa del conductor no incide en el criterio de imputación de la responsabilidad que se basa en el riesgo y, en consecuencia, sin que una recíproca colisión de vehículos suponga una excepción a la aplicación del principio de responsabilidad objetiva por el riesgo de la circulación[6]. De este modo, declara que: «Por tanto, en el régimen de responsabilidad civil

fundado en el riesgo creado por la circulación (una vez constatado que el accidente tuvo lugar en la circulación y por consiguiente, es imputable al riesgo creado por uno y otro conductor que intervinieron en él), el mero hecho de que no haya podido constatarse en autos que solo una de las conductas generadoras del riesgo ha sido la única relevante, desde el punto de vista causal, para la producción del resultado —excluyendo así la del otro conductor— o que no haya sido posible probar la proporción en que cada una de ellas ha contribuido a causar el accidente —excluyendo así parcialmente la contribución causal del otro conductor— (cuando se discuta que solo una de las conductas ha sido causalmente relevante o que ambas lo han sido en distinta proporción) no es razón que permita soslayar la aplicación de los referidos criterios de imputación a ambos conductores ni constituye tampoco razón para no aplicar la regla de inversión de la carga de la prueba en pro de las reglas tradicionales sobre el *onus probandi* [carga de la prueba], características de los regímenes de responsabilidad objetiva y especialmente aplicables, cuando se trata de daños materiales, al conductor que alega que actuó con plena diligencia. En este sentido se pronuncia, por ejemplo, la SAP de Asturias, Sección 7.ª, de 20 de abril de 2010. Esta interpretación no permite aceptar la solución que sigue la sentencia recurrida, que negó el derecho a la indemnización solicitada con fundamento en que en supuestos de colisión recíproca no rige la inversión de la carga de la prueba —cuyas consecuencias se anulan—, sino las tradicionales reglas que obligan a cada parte a demostrar los hechos constitutivos de su pretensión. De esta forma se atribuirían al demandante todas las consecuencias negativas de la falta de prueba sobre la incidencia causal de la conducta del demandado en el accidente y en el resultado lesivo. Tal solución, obtenida mediante la aplicación estricta de los criterios clásicos de la responsabilidad subjetiva (independientemente de la opinión que merezca en relación con las soluciones que se ofrecen en Derecho comparado para garantizar la efectividad del sistema de responsabilidad civil subjetiva en situaciones de incertidumbre causal relativa), no es acorde con las exigencias del principio de responsabilidad objetiva proclamada en el artículo 1.1 LRCSCVM, la cual es aplicable a los daños personales dimanantes de la circulación (y, con la especialidad que se ha indicado, a los daños materiales), de forma que cada conductor responde del riesgo creado por la conducción de su vehículo, a menos que pueda acreditar la concurrencia de alguna de las causas legales de exoneración —caracterizadas en nuestra jurisprudencia como causas excluyentes de la imputación». De este modo, declara la responsabilidad plena al 100% de cada uno de los conductores de los daños sufridos por los ocupantes del otro vehículo implicado y desautoriza la doctrina de la neutralización de las presunciones de culpa.

De esta manera, el Alto Tribunal, tras la disparidad de criterios jurisprudenciales de las audiencias provinciales adoptados con anterioridad a esta resolución del Pleno de la Sala, concluye que la responsabilidad civil en los casos de daños corporales ocasionados por una colisión recíproca de vehículos se va a resolver de manera que cada conductor resarza íntegramente los daños corporales causados a los ocupantes del vehículo contrario[7]. Además, con objeto de unificar la doctrina existente, rechaza expresamente los pronunciamientos a favor del resarcimiento parcial o proporcional, entendiendo que esa tesis solo procedería cuando pudiese acreditarse el porcentaje o grado de incidencia causal de cada uno de los vehículos implicados y que, en caso de que no fuera así, «ambos conductores responden del total de los daños personales causados a los ocupantes del otro vehículo con arreglo a la doctrina llamada de las condenas cruzadas».

De este modo, casa la sentencia de apelación, que había hecho recaer la carga de la prueba en el conductor demandante, exigiéndole probar que fue el contrario el que contribuyó causalmente con su conducta a la producción del siniestro (aplicando la doctrina del «dígame quién ha ocasionado el accidente y la norma atribuirá la responsabilidad»).

Aunque la sentencia deja claro que es la responsabilidad por riesgo, consagrada expresamente en la LRCSCVM, el paradigma sobre el cual debe interpretarse la ley para ambos tipo de daños, únicamente se pronuncia respecto a los daños corporales a la hora de rechazar la reparación parcial o la anulación de la misma derivada de la doctrina de la neutralización de las presunciones de culpa del riesgo generado por un vehículo por el generado por otro.

Respecto a los daños materiales, no se resuelve en esa sentencia la cuestión, por lo que una vez que queda clara la imputación de dicha responsabilidad, sería preciso determinar la distribución de la responsabilidad de ambos conductores (que son al mismo tiempo, por un lado, agente dañador y, por otro, perjudicado) en caso de colisión recíproca de vehículos. Para ello, es necesario analizar la existencia o no de la prueba de la culpa de todas, una o ninguna de las partes que han intervenido al resultado dañoso. En este sentido, la prueba de la causación del daño resulta relevante para dilucidar el criterio a aplicar, que dependerá, en primer término, de la existencia o no de culpa de los copartícipes. En consecuencia, se hace necesario diferenciar: a) si ambos conductores actuaron negligentemente, o b) si no se aprecia culpa de ninguna de las partes o solo existe un actuar negligente pero sin que exista prueba suficiente que determine cuál fue el conductor negligente y cuál el prudente.

2. Régimen aplicable a los daños recíprocos con culpas probadas

Si los daños recíprocos son consecuencia de la culpa exclusiva de uno de los copartícipes en el accidente, no existen dudas de que recae sobre el conductor del vehículo culpable (y, por ende, sobre su propietario y asegurador) el deber de indemnizar por todos los daños ocasionados al contrario. Por lo tanto, frente a los daños materiales, deberá reparar estos daños, en consonancia con el artículo 1.1, apartado 3.º, de la LRCSCVM, que le hace responder frente a terceros según lo dispuesto en los artículos 1902 y siguientes del Código civil, artículos 109 y siguientes del Código Penal, y en esta Ley. Téngase en cuenta que el propio seguro obligatorio no cubre los daños en los bienes sufridos por el vehículo asegurado, por las cosas en él transportadas ni por los bienes de los que resulten titulares el tomador, el asegurado, el propietario o el conductor, así como los del cónyuge o los parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad (art. 5.2 de la Ley).

Respecto a los daños corporales, la Sentencia de 10 de septiembre de 2012, que hemos analizado, admite la tesis del resarcimiento proporcional en los supuestos en los que sea posible acreditar el porcentaje concreto o grado de incidencia causal de cada uno de los vehículos implicados. Dicho criterio también ha sido acogido por las SSTS de 4 y 11 de febrero de 2013, 29 de octubre de 2014 y 4 de febrero de 2015. De este modo, y partiendo de las mismas premisas, si existiera prueba de que el conductor de cada vehículo intervino en un porcentaje determinado en el daño causado al contrario no debería existir inconveniente en que se recogiera ese grado de participación a la hora de cuantificar la indemnización recibida por cada uno.

En definitiva, en ambos tipos de daños, si resulta probado que uno de los conductores o ambos actuaron de manera culposa porque pudieron haber adoptado medidas o precauciones de prudencia y atención que hubieran evitado la producción del daño, se le impondrá a dicho conductor la responsabilidad por los daños causados, pudiéndose incluso establecer un porcentaje causal. En este sentido se pronuncia, por ejemplo, la Audiencia Provincial de León, Sección 2.ª, de 28 de diciembre de 2016, que declara un concurso de culpas, de un 60% y un 40% en la colisión de una motocicleta, que realizó un giro a la izquierda sin cerciorarse de que estaba siendo adelantada, y un turismo, cuya actuación considera que no fue absolutamente diligente; o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 9.ª, de 30 de diciembre de 2013, en el que se determina que el porcentaje o grado de incidencia causal de los vehículos implicados fue de un 70% y un 30 % respectivamente. Por contra, si resulta probada la culpa de solo uno de los conductores, se impone la responsabilidad de indemnizar a este, tal y como resulta, a modo de ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3.ª, de 18 de septiembre de 2019, que establece la culpa del turismo en la colisión con un camión al ser la vía por la que circulaba este preferente.

Ahora bien, hay que considerar que este reparto de la indemnización ha venido defendiéndose por razones de equidad y en consonancia con el artículo 1.1, apartado cuarto, de la Ley, que establecía un criterio de distribución de la responsabilidad en función del grado de culpa en la causación del accidente. Sin embargo, este apartado relativo a la «equitativa moderación de la responsabilidad y al reparto en la cuantía de la indemnización, atendida la respectiva entidad de las culpas concurrentes» ha sido eliminado por la Ley 35/2015, lo que sin duda va a generar una mayor inseguridad jurídica a la hora de interpretar el precepto. Por otro lado, hay que tener en cuenta que la limitación de la reducción de las indemnizaciones incorporada por la nueva reforma en el artículo 1.2 de la LRCSCVM, en atención a la culpa concurrente hasta un máximo del 75%, solo afecta a los daños corporales. En este sentido, la norma hace referencia a «víctimas» que contribuyan a la producción del daño, por lo que en los casos en los que el sujeto sufra solo daños materiales no se trataría de una víctima, sino de un perjudicado y, por lo tanto, no resultaría de aplicación este apartado y, por ende, dicha limitación.

3. Régimen aplicable a los daños recíprocos sin culpas probadas

A) Doctrina jurisprudencial en los casos de colisión recíproca sin determinación del grado de culpa de cada conductor.

La doctrina jurisprudencial sobre la interpretación del artículo 1.1, LRCSCVM en los casos de colisión recíproca sin determinación del grado de culpa de cada conductor se ha efectuado con la redacción de la norma contenida en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, sin la reforma operada teniendo operada por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre. Con anterioridad, el precepto disponía que: «El conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación. En el caso de daños a las personas, de esta responsabilidad solo quedará exonerado cuando pruebe que los daños fueron debidos únicamente a la conducta o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo; no se

considerarán casos de fuerza mayor los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos. En el caso de daños en los bienes, el conductor responderá frente a terceros cuando resulte civilmente responsable según lo establecido en los artículos 1902 y siguientes del Código civil, artículos 109 y siguientes del Código Penal, y según lo dispuesto en esta ley». Tras la reforma de la Ley 35/2015, para el caso de daños a las personas, se sustituye la «conducta o negligencia del perjudicado» por la «culpa exclusiva del perjudicado y se elimina el siguiente apartado del artículo 1.1, aplicable a cualquier daño, relativo a que en los supuestos en los que concurrieran la negligencia del conductor y la del perjudicado se procederá a la «equitativa moderación» de la responsabilidad y al reparto en la cuantía de la indemnización, atendida la respectiva entidad de las culpas concurrentes.

Es importante tener en cuenta que la jurisprudencia establece una diferenciación a la hora de apreciar los supuestos en los que se produce daños personales y materiales con ocasión de una colisión recíproca entre vehículos sin prueba del grado de culpa de cada conductor.

En relación a la indemnización por daños personales, la Sentencia del Tribunal Supremo, de Pleno, de 10 de septiembre de 2012 es especialmente significativa al respecto, al defender la doctrina de las condenas cruzadas, estableciendo que «la solución del resarcimiento proporcional es procedente solo cuando pueda acreditarse el concreto porcentaje o grado de incidencia causal de cada uno de los vehículos implicados y que, en caso de no ser así, ambos conductores responden del total de los daños personales causados a los ocupantes del otro vehículo con arreglo a la doctrina llamada de las indemnizaciones cruzadas». Esta misma doctrina ha sido reiterada en las SSTS de 4 de febrero de 2013, 29 de octubre de 2014 y 18 de mayo de 2017. Criterio que es acogido por diversas sentencias de las Audiencias Provinciales, resultando ejemplificativas la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª, de 25 de marzo de 2014 y de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4.ª, de 3 de septiembre de 2014, que fijan la responsabilidad plena al 100% de cada uno de los conductores de los daños sufridos por los ocupantes del otro vehículo implicado, al no existir prueba de la contribución causal de cada uno de ellos; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección 1.ª, de 2 de octubre de 2013, que también aplica la doctrina de las condenas cruzadas al no existir prueba de cuál fue el conductor responsable del accidente ni tampoco la proporción en que cada uno de ellos contribuyó a la producción del daño; o la de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.ª, de 19 de febrero de 2019, que hace responde a cada parte íntegramente los daños corporales producidos a la otra, al no poderse establecer con una cierta o suficiente seguridad la culpa en ambos conductores y, menos aún, el grado de contribución de uno y otro en el resultado. De este modo, se pone fin a la posición de algunas audiencias provinciales que habían acogido el criterio del resarcimiento parcial de los daños corporales recíprocos sin culpas probadas, por el efecto compensatorio de la inversión de la carga de la prueba[8].

Respecto a la indemnización por los daños en los bienes, dicha sentencia de 10 de septiembre de 2012 interpreta la referencia al «riesgo creado por la conducción», señalando que «el riesgo específico de la circulación aparece así contemplado expresamente en la ley como título de atribución de la responsabilidad, frente a la tradicional responsabilidad por culpa o subjetiva en que el título de imputación es la negligencia del agente causante del resultado dañoso. Esto es así tanto en el supuesto de daños personales como de daños materiales, pues en relación con ambos se construye expresamente el régimen de responsabilidad

civil por riesgo derivado de la conducción de un vehículo de motor [...]». Sin embargo, frente a los daños materiales, pone de relieve la exigencia, establecida por la LRCSCVM, de que se cumplan los requisitos del artículo 1902 Código civil (art. 1.1.III LRCSCVM), lo que comporta que «la responsabilidad civil por riesgo queda sujeta al principio, clásico en la jurisprudencia anterior a la LRCSCVM sobre daños en accidentes de circulación, de inversión de la carga de la prueba, la cual recae sobre el conductor causante del daño y exige de ese, para ser exonerado, que demuestre que actuó con plena diligencia en la conducción».

En virtud de lo expuesto, la doctrina jurisprudencial relativa a la interpretación del artículo 1.1. de la LRCSCVM entiende que el régimen de responsabilidad civil por riesgo derivada de la conducción de un vehículo a motor se extiende tanto a los supuestos de daños personales como de daños materiales, imputándose la responsabilidad fundamentada en el principio objetivo de la creación de riesgo por la conducción. No obstante, a pesar de dicha doctrina jurisprudencial aplicable a los daños materiales, el Alto Tribunal no se había pronunciado en esas sentencias mencionadas respecto al resarcimiento en los supuestos de daños en los bienes por colisión recíproca de vehículo hasta la Sentencia de 19 de mayo de 2019, que analizaremos a continuación. De este modo, a la hora de fijar la reparación del daño no existía unanimidad en las resoluciones de las audiencias, ni siquiera entre las más recientes. Por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4.ª, de 10 de enero de 2014, que, a pesar de recoger la anterior doctrina, ante la falta de prueba y versiones absolutamente contradictorias de cuál de las conductas generadoras del riesgo ha sido la relevante desde el punto de vista causal establece la responsabilidad por daño materiales a cargo del conductor de vehículo que respectivamente lo ha causado.

B) Aplicación de la STS de 19 de mayo de 2019 a los casos de daños en los bienes por colisión recíproca sin determinación del grado de culpa de cada conductor

La reciente Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, STS de 27 de mayo de 2019 (ponente Francisco MARÍN CASTÁN), parte de la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, que recoge en su fundamento quinto, y amplía la misma para el caso concreto de los daños materiales.

Los antecedentes más significativos que dieron lugar a esta sentencia son los que a continuación se relatan. En 2010 tuvo lugar un accidente de circulación por colisión frontal de dos vehículos, un taxi y un vehículo de emergencias del Summa-112, sin que se tuviera conocimiento de cuál de los conductores no respetó el semáforo en rojo. Por estos hechos, se interpuso demanda por el propietario y la aseguradora del taxi. La demanda fue estimada parcialmente en primera instancia, que condenó solidariamente a los demandados a indemnizar al demandante propietario del auto taxi en 6.444,024 euros por el tiempo de paralización del vehículo (lucro cesante), con los intereses del art. 20 LCS, y a la aseguradora codemandante en 6.914,92 euros por el coste de reparación del mismo vehículo, pero resultó íntegramente desestimada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12.ª, en Sentencia de 17 de junio de 2016, al no haberse podido probar la culpa, entendiendo que la parte demandante debía soportar las consecuencias de la falta de prueba de que la colisión se hubiera debido a la culpa del conductor demandado. En este sentido, se entendió que no se apreciaba «la debida relación de causalidad entre los daños sufridos por la recurrente y la mecánica de los hechos, ni puede concretarse la imputación de conducta algu-

na al conductor del vehículo de la demandada, tampoco puede haber reproche culpabilístico a dicho apelado ante las diversas versiones contradictorias sobre los mismos hechos, por lo que procede la estimación del recurso». Contra la sentencia de segunda instancia, los demandantes interpusieron recurso de casación por interés casacional, alegando que infringía las normas y criterios establecidos jurisprudencialmente por el Tribunal Supremo, desde 2008, en relación a la carga de la prueba y la aplicación de la teoría del riesgo, citándose especialmente al respecto las Sentencias de 10 de septiembre de 2012, de Pleno, y de 4 de febrero de 2013, aplicable a casos como el presente de colisión entre dos vehículos sin prueba de la contribución causal de sus respectivos conductores a la producción del daño. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto, que se casa parcialmente, y revoca la sentencia de primera instancia, únicamente para reducir en un 50% las indemnizaciones y sustituir el interés del artículo 20 LCS acordado por el interés legal desde la interpelación judicial.

En su resolución, el Alto Tribunal enfatiza que el régimen legal de la responsabilidad civil en el ámbito de la circulación de vehículos a motor se funda en su origen en principios de solidaridad social con las víctimas de los accidentes de tráfico, más que en los principios tradicionales de la responsabilidad civil extracontractual. Esto explica que la indemnización de los daños a las personas solo quede excluida por culpa exclusiva de la víctima o fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo, lo que equivale a una responsabilidad sin culpa del conductor.

En consecuencia la sentencia vuelve a reiterar el criterio jurisprudencial mantenido respecto a los daños personales, abogando por las condenas cruzadas, debido a que «si se siguiera otro criterio, como el de la indemnización proporcional, la consecuencia sería que en los casos de muerte de uno de los conductores, o de los dos, la indemnización a los perjudicados sufriría una reducción muy considerable, pese a no haberse probado la concurrencia de las únicas causas de exoneración legalmente admisibles, y la efectividad del seguro obligatorio del vehículo causante de la muerte del conductor del otro vehículo quedaría injustificadamente mermada, ya que el seguro obligatorio cubre los daños personales de los ocupantes del vehículo asegurado pero no los del propio conductor, que sí quedan íntegramente cubiertos en cambio por el seguro obligatorio del otro vehículo».

Además, la citada resolución interpreta el artículo 1 de la LRCSCVM para los casos de daños en los bienes por colisión recíproca sin determinación del grado o porcentaje de culpa de cada conductor, en su fundamento sexto, que transcribimos por su relevancia en este asunto:

«Cuando se trata de daños en los bienes, el régimen de la responsabilidad civil no se funda ya en ese principio de solidaridad social, sino en el de la culpa o negligencia del conductor causante del daño, como resulta de la remisión del párrafo tercero del art. 1.1. LRCSCVM a los arts. 1902 y siguientes del Código civil y a los arts. 109 y sigs. del CP.

No obstante, la remisión también a «lo dispuesto en esta ley» y el principio general del párrafo primero del art. 1.1. de que «el conductor de vehículos de motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación» justifican la inversión de la carga de la prueba, como declaró la citada sentencia de Pleno de 2012, solución coherente a su vez con la ampliación de la cobertura del seguro obligatorio a los daños en los bienes desde el Real Decreto Legislativo

1301/1986, de 28 de junio, por el que se adaptó el Texto Refundido de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor de 1962 (texto refundido aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo) al ordenamiento jurídico comunitario.

Cuando, como en el presente caso, ninguno de los conductores logre probar su falta de culpa o negligencia en la causación del daño al otro vehículo cabrían en principio tres posibles soluciones: (i) que cada conductor indemnice íntegramente los daños del otro vehículo; (ii) que las culpas se neutralicen y entonces ninguno deba indemnizar los daños del otro vehículo; y (iii) que cada uno asuma la indemnización de los daños del otro vehículo en un 50%.

Pues bien, esta Sala considera que la tercera solución es la más coherente con la efectividad de la cobertura de los daños en los bienes por el seguro obligatorio de vehículos de motor, pues cualquiera de las otras dos o bien podría privar por completo de indemnización, injustificadamente, al propietario del vehículo cuyo conductor no hubiera sido causante de la colisión pero no hubiese logrado probar su falta de culpa, o bien podría dar lugar a que se indemnice por completo al propietario del vehículo cuyo conductor hubiera sido el causante de la colisión pero sin que exista prueba al respecto. Sobre este punto conviene tener presente la posibilidad de que uno de los conductores haya sido el causante del daño pero no se pueda probar, posibilidad que se da en el presente caso al ser lo más probable que fuese uno de los conductores quien no respetó la fase roja del semáforo de la calle por la que circulaba».

De este modo, recuerda que también en este ámbito rige la responsabilidad por riesgo y que ambos conductores son responsables de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación. Sin embargo, a la hora de cuantificar cuál es la reparación de los daños materiales que debe asumir cada parte defiende la indemnización del 50% de los daños, en lugar de las condenas cruzadas como sucede con los daños personales, no sin antes apuntar las tres opciones o posturas que existen al respecto, y que serán objeto de análisis a continuación:

a) La indemnización íntegramente de los daños del otro vehículo.

El Tribunal Supremo no considera este el criterio más acorde porque daría lugar a que se indemnizara por completo al propietario del vehículo cuyo conductor hubiera sido el causante de la colisión pero sin que exista prueba al respecto. Y ello aunque la tesis favorable al resarcimiento pleno de los daños corporales recíprocos sin culpas probadas (fundado en la doble inversión de la carga de la prueba) ya había sido acogida por varias audiencias provinciales[9].

No admite dudas que el criterio jurisprudencial de las culpas cruzadas, como hemos visto, resulta aplicable en el caso de daños corporales, que hace recaer la responsabilidad en ambos conductores, resarciendo al contrario. A este respecto, recordemos que nuestro Tribunal Supremo ha aclarado que «la solución del resarcimiento proporcional es procedente solo cuando pueda acreditarse el concreto porcentaje o grado de incidencia causal de cada uno de los vehículos implicados y que, en caso de no ser así, ambos conductores responden del total de los daños personales causados a los ocupantes del otro vehículo con arreglo a la doctrina llamada de las condenas cruzadas» (STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 18 de mayo de 2017 y STS, de Pleno de esta Sala, de 10 de septiembre de 2012). E, incluso, algunas sentencias, acogiendo esta doctrina, también extienden la interpretación a los daños materiales. En este sentido, la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4.ª, de 9 de mayo de 2019 establece que «para el caso

de que haya colisión entre dos vehículos, sin prueba de la contribución causal de cada uno de los conductores, entrará en juego la bien llamada doctrina de las condenas cruzadas, es decir, ambos conductores responden del total de los daños personales (extensible, igualmente, a los daños materiales) causados a los ocupantes del otro vehículo».

Este criterio de las condenas cruzadas es acogido en el sistema francés (mediante una interpretación de su propia jurisprudencia) e implica una doble responsabilidad, de manera que cada parte responde íntegramente de la totalidad de los daños ocasionados a la otra parte interviniente en el accidente. El fundamento principal se fundamenta en la responsabilidad objetiva del artículo 1 LRCSCVM, aplicable también al caso de los daños materiales. Además, es el más garante de los perjudicados en los accidentes de circulación, los cuales han suscrito un seguro obligatorio de responsabilidad civil y que, por lo tanto, participan en los costes del sistema, en el que cada vez los daños tienden a ser más repartidos o pulverizados[10]. Y, por último, podemos encontrar apoyo en el vacío legislativo existente en el caso de una colisión recíproca, que impide apreciar ni una concurrencia de culpas ni una compensación de las mismas; así como en que la solución de la distribución de la indemnización por mitad implica dejar a ambos implicados sin la reparación íntegra, por el hecho de desconocerse su culpa en la colisión.

No obstante, apostar por esta tesis pudiera dar lugar a fraudes a la hora de declarar un siniestro por parte de ambos implicados, únicamente con el objeto de que ambos vieran resarcido el perjuicio sufrido. Quizás, sea un impedimento práctico relevante para su defensa, aunque no podemos rechazar este sistema únicamente bajo la creencia o presunción de que los sujetos vayan a actuar de mala fe. Y, por otro lado, desde el punto de vista jurídico, esta postura defendida también ha sido objeto de crítica desde el ámbito de la causalidad, por considerar que deja de computar que los perjudicados «son causantes al tiempo de su propio daño como expresión causal del riesgo que despliegan»[11]. No obstante, considero que lo que debiera presumirse es que son causantes del daño causado al contrario, que es lo que dispone la regla del artículo 1, sin que exista una estipulación por la que opere la presunción de que se cause los daños a sí mismo, es decir, que atribuya esos daños a su propia causación física y jurídica. Téngase en cuenta que no es lo mismo culpas concurrentes que riesgos concurrentes, ni el hecho de generar un riesgo debe implicar la presunción de una culpa, sino de una causa del daño que debe ser indemnizada por un principio de solidaridad social amparado en un seguro obligatorio, ya que nos encontramos ante un régimen de responsabilidad objetiva, aunque no sea absoluta, al preverse supuestos de exoneración de la responsabilidad.

b) La neutralización de las culpas, que equivale a que ninguno deba indemnizar los daños del otro vehículo.

Esta posición sostiene que los conductores deben acreditar la culpa del otro, ya que ambos realizan una actividad de riesgo y, si no pueden, no tendrán derecho a indemnización. El resultado de esta teoría es más bien propia de una aplicación del principio tradicional de responsabilidad subjetiva, por lo que debería rechazarse.

En este sentido, los riesgos no deben neutralizarse ni en el caso de daños personales ni en el caso de daños en los bienes. Si así fuera, no tendrían la misma incidencia como vehículo generador de riesgo un ciclomotor que un automóvil o que un camión. Precisamente, al ser la responsabilidad por riesgo el

paradigma sobre el cual debe interpretarse la Ley, no debe admitirse esta doctrina de neutralización de las presunciones de culpa, que tanto beneficiaría a la aseguradoras, ni tampoco una anulación de riesgo generado por un vehículo por el generado por otro.

El Alto Tribunal, en la Sentencia de 27 de mayo de 2019 ha rechazado precisamente esta postura porque equivale a privar por completo de indemnización, injustificadamente, al propietario del vehículo cuyo conductor no hubiera sido causante de la colisión pero no hubiese logrado probar su falta de culpa.

c) La indemnización de los daños del otro vehículo en un 50%.

Esta doctrina se fundamenta en las culpas concurrentes y distribuye por igual los daños, de manera que cada conductor (o su propietario, en caso de no coincidir) debe indemnizar al contrario en la mitad de sus daños y viceversa. Bajo esta postura, MEDINA CRESPO considera que se trataría de un supuesto de concurrencia de culpas o de causas, por lo que el conductor no deberá ser resarcido por los daños debidos a su propia causación (entendiendo o presumiendo que se los produce). A tal efecto, se daría el mismo tratamiento resarcitorio a los daños recíprocos con y sin culpa probadas[12]. No obstante, si nos centramos en la mera causalidad, debería, entonces, aplicarse esa teoría para ambos tipos de daños.

Esta interpretación presume, a priori, la culpa del conductor y, por ende, se le atribuye la misma, al no desvirtuar la misma, con el objeto de evitar que cada conductor se vea resarcido por daños debidos a su propia causa. Por lo tanto, conforme a esta teoría, se presumiría la concurrencia de cada conductor en un 50% en los daños causados. Y es este el criterio que sostiene la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 mayo de 2019, que resolvió que cada uno asumiera la indemnización de los daños del otro vehículo en este porcentaje, estimando que el resarcimiento de los daños en la mitad resulta el criterio más coherente con la efectividad de la cobertura de los daños en los bienes por el seguro obligatorio de vehículos de motor. También recogen esta resolución en su pronunciamiento las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Madrid, Sección 20.ª, de 23 y 24 de julio de 2019; de Barcelona, Sección 1.ª, de 19 de julio de 2019 , Sección 16.ª, de 16 de julio de 2019; o de Valencia, Sección 7.ª, de 17 de julio de 2019, si bien en esta última, se trata de una colisión en cadena, en la que se establece una responsabilidad solidaria de los daños entre ambos.

No obstante, es preciso poner de manifiesto algunas consideraciones. En primer lugar, si se considera que deben compartir el daño causado, entonces debería abogarse por una solidaridad y, en tal caso, si se establece que la deuda se presume dividida en partes iguales, debería entonces computarse el total del daño y dividirse por mitad, que no es lo mismo que indemnizar la mitad del daño sufrido al contrario. Por otro lado, también debe considerarse que la reforma operada por la Ley 35/2015 anula uno de los argumentos legislativos principales para llegar a la solución analizada, al eliminarse del articulado de la LRCSCVM, en referencia a los supuestos en los que concurrieran la negligencia del conductor y la del perjudicado, la «equitativa moderación» de la responsabilidad y al reparto en la cuantía de la indemnización, atendida la respectiva entidad de las culpas concurrentes. De hecho, este extremo es puesto de relevancia en la referida STS de 27 de mayo de 2019, que indica que: «la solución por la que ahora se opta cuenta en su apoyo con la «equitativa moderación» a que se refiere el párrafo cuarto del art. 1.1. LRCSCVM en su redacción aplicable al caso, sin que esto signifique que la supresión de este párrafo por el artículo único 1 de la Ley

35/2015, de 22 de septiembre), impida aplicarla a hechos sucedidos bajo el régimen actualmente vigente, cuestión sobre la que esta Sala no puede pronunciarse por haber sucedido los hechos del presente litigio antes de esa supresión». Por lo tanto, la sentencia no finaliza con la controversia, al menos a partir de los supuestos de accidentes con perjuicios materiales derivados de una colisión de vehículos acontecidos a partir de 2016, lo que podría llegar a interpretarse como una inclinación por la doctrina de las responsabilidades cruzadas o, al menos, abrir un nuevo camino hacia otra interpretación.

IV. CONCLUSIONES

Conforme a la doctrina jurisprudencial, la interpretación del artículo 1 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (LRCSCVM) para los casos de daños personales por colisión recíproca sin determinación del grado o porcentaje de culpa de cada conductor debe ser el de la plena reparación de los daños causados al contrario. Esto explica que la indemnización de los daños a las personas solo quede excluida por culpa exclusiva de la víctima o fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo, lo que equivale a una responsabilidad sin culpa del conductor. En tales casos, si no hay prueba del grado de culpa de cada conductor, la STS, de Pleno, de 10 de septiembre de 2012, fijó jurisprudencia en el sentido de que la solución del resarcimiento proporcional es procedente solo cuando pueda acreditarse el concreto porcentaje o grado de incidencia causal de cada uno de los vehículos implicados; de no ser así, ambos conductores responden del total de los daños personales causados a los ocupantes del otro vehículo con arreglo a la doctrina de las indemnizaciones cruzadas.

Sin embargo, aunque se parte del mismo criterio de imputación de la responsabilidad en virtud del riesgo con respecto a los daños materiales, se entiende que el régimen de responsabilidad también se funda en la culpa o negligencia del conductor causante del daño, con la inversión de la carga de la prueba que resulta de la LRCSCVM. Por ello, la interpretación que señala como óptima el Tribunal Supremo, en Sentencia de Pleno de 27 de mayo de 2019, en los daños materiales con culpas improbadas o sin determinación del grado de culpa de cada conductor debe ser que cada uno asuma la indemnización de los daños del otro vehículo en un 50%. Se considera que esta solución es la más coherente con la efectividad de la cobertura de los daños en los bienes por el seguro obligatorio de vehículos de motor. Se descarta, así, la teoría de la íntegra reparación, que podría dar lugar a que se indemnice por completo al propietario del vehículo cuyo conductor hubiera sido el causante de la colisión pero sin que exista prueba al respecto; y la de la neutralización de culpas, que ocasionaría que se privará por completo de indemnización, injustificadamente, al propietario del vehículo cuyo conductor no hubiera sido causante de la colisión pero no hubiese logrado probar su falta de culpa.

No obstante, el criterio de esta última sentencia se fundamentó en la redacción de la norma anterior a la Ley 35/2015, que ha eliminado la referencia a la «equitativa moderación», respecto a la responsabilidad y al reparto en la cuantía de la indemnización, atendida la respectiva entidad de las culpas concurrentes, en los supuestos en los que concurrieran la negligencia del conductor y la del perjudicado, lo que volverá a potenciar la conflictividad en los casos de colisión recíproca por daños materiales.

Lo más acertado hubiera sido que el legislador hubiera regulado expresamente los supuestos de colisión de vehículos, especialmente sin culpas probadas, en la última reforma legislativa, sin limitarse a los supuestos de concurrencia de causas (o de culpas) respecto a los daños personales, es decir, entre víctimas atropelladas y conductores lesionados, Máxime teniendo en cuenta la disparidad de resoluciones jurisprudenciales dictadas (si bien atemperada por la reciente STS de 27 de mayo de 2019), las posturas doctrinales (que, aunque se van acercando, no terminan de encontrar una unidad de criterio) y de cómo ha quedado articulado el texto legislativo tras la reforma operada por la Ley 35/2015.

Como propuesta de *lege ferenda* o *desideratum,* sería oportuno que el legislador acabase con esa dicotomía en la regulación de los daños personales y materiales causados a la hora de atribuir la responsabilidad para resarcir cualquier daño derivado en la circulación de vehículos a motor.

V. BIBLIOGRAFÍA

MEDINA CRESPO, M. (2016). Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2012 (7647/2012). En Yzquierdo Tolsada, M. (Dir.) *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina. Civil y Mercantil,* Volumen 5 (2011-2012). Madrid: Dykinson, 557-572.

MEDINA CRESPO, M. (2010). *Los daños recíprocos sin culpas probadas en la responsabilidad civil automovilística,* Barcelona: Bosch, Barcelona..

MONTERROSO CASADO, E. (2018). *Responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación y valoración de daños conforme a la Ley 35/2015, de 22 de septiembre,* Madrid: CEF, 3.ª ed.

— (2009). *Responsabilidad civil por accidentes de circulación. La concurrencia de causas,* Navarra: Aranzadi,

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Sentencias del Tribunal Supremo:

- STS de Pleno, Sala Civil, STS de 27 de mayo de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, de 18 de mayo de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, de 4 de febrero de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de octubre de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, de 11 de febrero de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, de 4 de febrero de 2013.
- STS, de Pleno, Sala Civil, de 10 de septiembre de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 2008.

Sentencias de Audiencias Provinciales:

- SAP de Burgos, Sección 3.ª, de 18 de septiembre de 2019.
- SAP de Madrid, Sección 20ª, de 24 de julio de 2019.
- SAP de Madrid, Sección 20ª, de 23 de julio de 2019.
- SAP de Barcelona, Sección 1, de 19 de julio de 2019.
- SAP de Valencia, Sección 7.ª, de 17 de julio de 2019.
- SAP de Barcelona, Sección 16.ª, de 16 de julio de 2019.

- SAP de Granada, Sección 4.ª, de 9 de mayo de 2019.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.ª, de 19 de febrero de 2019.
- SAP de León, Sección 2.ª, de 28 de diciembre de 2016.
- SAP de Madrid, Sección 12.ª, en sentencia de 17 de junio de 2016.
- SAP de Cantabria, Sección 4.ª, de 3 de septiembre de 2014.
- SAP de Las Palmas, Sección 4.ª, de 25 de marzo de 2014.
- SAP de Granada, Sección 4.ª, de 10 de enero de 2014.
- SAP de Salamanca, Sección 1.ª, de 2 de octubre de 2013.
- SAP de Alicante, Sección 9.ª, de 30 de diciembre de 2013.
- SAP de Baleares, ,Sección 3.ª, 18 de julio de 2006.
- SAP de Baleares, Sección 3.ª, de 22 de junio de 2004.
- SAP de Baleares, Sección 4.ª, de 6 de mayo de 2003.
- SAP de Pontevedra, Sección 3.ª, de 16 de enero de 1998.
- SAP de Badajoz, Sección 2.ª, de 10 de septiembre de 1998.
- SAP de Pontevedra, Sección 3.ª, de 15 de octubre de 1997.

NOTAS

[1] Datos obtenidos por TIREA, la empresa informática encargada de gestionar la plataforma de liquidación de percances CICOS. Disponible en: https://www.unespa.es/notasdeprensa/los-golpes-chapa-alcanzan-cota-mas-alta-siete-anos/

[2] Fuente: https://www.elespanol.com/invertia/empresas/20190122/sector-asegurador-facturo-millones/370463256_0.html

[3] La objetivación de la responsabilidad fue acogida por nuestro ordenamiento en la promulgación de una Ley especial, la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor. Sin embargo, el principio informador de responsabilidad por riesgo solo se recogió en su exposición de motivos, y no en su articulado. Este principio no aparecerá expresamente reflejado hasta la aprobación de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (tras la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados, y que deroga la anterior). En MONTERROSO CASADO, E. (2018). *Responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación y valoración de daños conforme a la Ley 35/2015, de 22 de septiembre,* Madrid: CEF, 3.ª ed., 22.

[4] La finalidad de Ley 35/2015, de 22 de septiembre, según recoge la propia exposición de motivos, es lograr la total indemnización de los daños y perjuicios para situar a la víctima en una posición lo más parecida posible a la que tendría de no haberse producido el accidente. Además, se modifican sustancialmente los principios rectores del sistema, los daños indemnizables, los sujetos beneficiarios, el modo de cálculo y las cuantías indemnizatorias del vigente sistema legal valorativo.

[5] En este sentido, señala MEDINA CRESPO (2016) que «no tendría que haber más régimen atributivo que el de la objetividad atenuada, con eliminación del (en mi concepto, excepcional) de la subjetividad objetivada (sistema mixto inmaduro que se aparta de la pura subjetividad y se aproxima bastante al de la objetividad, sin afirmarla), lo que conllevaría que se respondiera siempre por los daños causados por caso fortuito, con independencia de que sean corporales o materiales». Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2012 (7647/2012). En Yzquierdo Tolsada, M. (Dir.) *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina. Civil y Mercantil,* Volumen 5 (2011-2012). Madrid: Dykinson, 569.

[6] De este modo, la STS de 10 de septiembre de 2012 se apoya en la Sentencia de 16 de diciembre de 2008 y sostiene que «debe interpretarse que el principio de responsabilidad objetiva por riesgo comporta el reconocimiento de la responsabilidad por el daño a cargo del conductor del vehículo que respectivamente lo ha causado y en la proporción en que lo ha hecho, pues resulta evidente que en este supuesto no puede hablarse con propiedad de compensación de culpas, sino que únicamente puede examinarse la concurrencia de causas

en la producción del siniestro por parte de los conductores de los vehículos implicados. Esto es así porque cada conductor es artífice del riesgo creado por la conducción de su propio vehículo —título de atribución de su responsabilidad— y como tal, no pudiendo cada uno acreditar la existencia de causa de exoneración (esto es, que entre su conducta y el accidente se interfirió la culpa exclusiva del otro conductor o fuerza mayor extraña a la conducción y al funcionamiento del vehículo o, en el caso de daños materiales, que se actuó con plena diligencia), ha de afirmarse la recíproca responsabilidad civil por el accidente en la proporción en que cada conductor haya contribuido a causarlo. En suma, una recíproca colisión de vehículos no supone excepción alguna a la aplicación del principio de responsabilidad objetiva por el riesgo de la circulación».

[7] Si bien, sería conveniente efectuar una matización al respecto, puesto que realmente se trataría de daños sufridos, en lugar de daños causados, ya que no existe prueba de dicho extremo, es decir, que la causa del daño resida en uno u otro conductor, o en ambos.

[8] Entre otras, se citan, las SSAP de Baleares, Sección 4.ª, de 6 de mayo de 2003 y Pontevedra, Sección 3.ª, de 15 de octubre de 1997 y de 16 de enero de 1998.

[9] Por ejemplo, las SSAP de Badajoz, Sección 2.ª, de 10 de septiembre de 1998, y de Baleares, Sección 3.ª, de 22 de junio de 2004 y de 18 de julio de 2006.

[10] MONTERROSO CASADO, E. (2009). *Responsabilidad civil por accidentes de circulación. La concurrencia de causas,* Navarra: Aranzadi, 154 y 155.

[11] MEDINA CRESPO, M. (2010). *Los daños recíprocos sin culpas probadas en la responsabilidad civil automovilística*, Barcelona: Bosch, 60.

[12] MEDINA CRESPO (2010) enfatiza que «no enervadas las presunciones de culpa que gravan a los dos conductores, se está ante un supuesto de culpas (causas) concurrentes que, normalmente, se han de considerar de igual grado, por lo que cada conductor ha de indemnizar a su contrario en la mitad del valor de los daños sufridos y que este, a su vez, ha de indemnizar al otro en la mitad de los perjuicios sufridos por él, habiendo de soportar cada conductor la otra mitad por corresponder a su propia causación, tanto porque se trate de una causación reputada culpable por las presunciones no desmentidas de culpa, como porque se trate, estrictamente, de una causación objetiva por razón del rango atributivo del riesgo específico desplegado, en cuyo seno opera prioritariamente la misma presunción de culpa para cada conductor» (*Los daños recíprocos sin culpas probadas en la responsabilidad civil automovilística, op. cit.*, 71).

1.7. Concursal Civil

Moratoria hipotecaria, epidema del COVID-19 y estado de alarma[1]

Mortgage moratorium, COVID epidemic 19 and alarm status

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 8/2020, cuyo ámbito objetivo de aplicación fue ampliado por el Real Decreto Ley 11/2020, pretende evitar el vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios contraídos por deudores en situación de vulnerabilidad económica derivada de la crisis del COVID-19, mediante la concesión de una moratoria hipotecaria, es decir, mediante la suspensión de las obligaciones contractuales derivadas de determinados préstamos hipotecarios durante un plazo de tres meses a contar desde la implementación de la medida por la entidad acreedora. Puede tratarse de préstamos hipotecarios contraídos bien para la adquisición de la vivienda familiar, bien para la adquisición de inmuebles afectos a la actividad profesional o empresarial de autónomos vulnerables, o bien de inmuebles adquiridos para su posterior arrendamiento en los que el arrendatario haya dejado de pagar la renta como consecuencia también de la crisis del COVID-19.

El Real Decreto Ley 8/2020 prevé también la posibilidad de que las partes alcancen una novación que como contenido imprescindible debe incorporar la moratoria legal solicitada por el deudor.

Igualmente prevé que fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores que hayan garantizado con fianza o hipoteca deudas ajenas, y en quienes concurra la situación de vulnerabilidad descrita en el artículo 16 del Real Decreto Ley 11/2020, puedan, aparte de acogerse a la moratoria de deudas hipotecarias propias, impedir la ejecución de su vivienda familiar por deudas ajenas durante el plazo general de vigencia previsto para las medidas que no tienen plazo de duración determinado, o sea, hasta un mes después del fin del Estado de alarma.

ABSTRACT: Royal Decree Law 8/2020, whose objective scope was extended by Royal Decree Law 11/2020, aims to avoid the early maturity of mortgage loans contracted by debtors who are actually in situation of economic vulnerability derived from the COVID crisis 19, granting a mortgage moratorium, that is, suspending the contractual obligations derived from certain mortgage loans for a period of three months from the implementation of the measure by the creditor. These may be mortgage loans contracted either for the acquisition of the family home, or for the acquisition of real estate subject to the professional or business activity of vulnerable self-employed persons, or of real estate acquired for its subsequent lease in which the lessee has stopped paying income as a consequence also of the COVID-19 crisis.

The Royal Decree Law 8/2020 also foresees the possibility that the parties reach a novation that as essential content must incorporate the legal moratorium requested by the debtor.

Likewise, it foresees that guarantors, guarantors and non-debtor mortgages who have guaranteed with bail or mortgage the debts of others, and in whom the situation of vulnerability described in article 16 of Royal Decree Law 11/2020 concurrred, may, apart from availing themselves of the moratorium on own mortgage debts, preventing the execution of your family home for external debts during the general period of validity provided for measures that do not have a specified duration, that is, up to a month after the end of the alarm status.

PALABRAS CLAVE: COVID-19. Estado de alarma. Moratoria hipotecaria.

KEY WORDS: COVID-19. Alarm status. Mortgage moratorium.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REAL DECRETO LEY 8/2020 (SECCIÓN IV DEL CAPÍTULO I «MEDIDAS DE APOYO A LOS TRABAJADORES, FAMILIAS Y COLECTIVOS VULNERABLES»), TRAS SU REFORMA: 1. Ámbito objetivo de aplicación. 2. Ámbito subjetivo de aplicación. 3. Ámbito de aplicación temporal.—III. MEDIDAS REGULADAS EN LA SECCIÓN IV, CAPÍTULO I, DEL REAL DECRETO LEY 8/2020: 1. Moratoria hipotecaria. 2. Novación del préstamo hipotecario. 3. Posibilidad de hacer efectivo el beneficio de excusión aunque se hubiera renunciado al mismo. —IV. FORMALIZACIÓN DE LA MORATORIA.—V. CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN INDEBIDA POR EL DEUDOR DE LAS MEDIDAS PARA LA REESTRUCTURACIÓN DE LA DEUDA HIPOTECARIA INMOBILIARIA.—VI. RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD ACREEDORA POR INAPLICACIÓN DE LA MORATORIA.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, introdujo en sus artículos 7 a 16 una serie de disposiciones para la suspensión de las obligaciones derivadas de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria para *adquisición de vivienda habitual*, siempre que el deudor se encontrase en extraordinarias dificultades para atender su pago como consecuencia de la crisis del COVID-19.

El Real Decreto Ley 8/2020 planteaba diversos problemas interpretativos dada la parquedad de su regulación y fue modificado por el Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 a través de la disposición final primera, ampliando además mediante su artículo 19 el ámbito de aplicación de aquel y precisando en los artículos 16 y 17 del Real Decreto Ley 11/2020, la definición de vulnerabilidad económica a efectos de la moratoria hipotecaria y la acreditación de dichas condiciones subjetivas[2].

El objetivo de la moratoria hipotecaria regulada en el Real Decreto Ley 8/2020 es impedir el vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios por acumulación de impagos de cuotas derivados de la crisis de ingresos generalizada como consecuencia de la gestión del COVID-19[3].

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REAL DECRETO LEY 8/2020 (SECCIÓN IV DEL CAPÍTULO I «MEDIDAS DE APOYO A LOS TRABAJADORES, FAMILIAS Y COLECTIVOS VULNERABLES»), TRAS SU REFORMA

1. Ámbito objetivo de aplicación

En su artículo 7 el Real Decreto Ley 8/2020 señala que la norma regula medidas conducentes a obtener una moratoria de la deuda hipotecaria contraída para alguno de las siguientes finalidades: adquisición de vivienda habitual; adquisición de inmuebles afectos a la actividad económica que desarrollen empresarios y profesionales, entendiendo por tales las *personas físicas* que cumplan las condiciones previstas en el artículo 5 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido; y adquisición de viviendas distintas a la habitual en situación de alquiler, remitiendo al artículo 19 del Real Decreto Ley 11/2020.

Este último precepto detalla en relación con los préstamos hipotecarios para adquisición de viviendas distintas a la habitual en situación de alquiler que es preciso que el deudor persona física, propietario y arrendador haya dejado de percibir la renta arrendaticia (*parece que en su totalidad, aunque también cabe pensar que solo en parte por condonación parcial de la misma*) desde la entrada en vigor del estado de alarma decretado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, o bien deje de percibirla *a posteriori* hasta un mes después de la finalización del mismo (o sea, hasta el 20 de julio de 2020)[4]. Es decir, *que el impago de la renta podría iniciarse antes del 20 de julio de 2020, aunque se alargase posteriormente*. Impagos posteriores a tal fecha no se relacionan con la crisis provocada por la epidemia del COVID-19[5].

La renta arrendaticia se podrá haber dejado de percibir *de facto,* o porque se haya concedido un aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta al amparo del artículo 8 del Real Decreto Ley 11/2020 al arrendatario vulnerable por el arrendatario que no es gran tenedor, o bien porque se haya llegado a una novación modificativa del contrato con el arrendatario (vulnerable o no) que prevea el aplazamiento de la deuda arrendaticia, o bien porque el arrendador tenga la condición de gran tenedor (persona física titular de más de 10 inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1500 m^2) con arreglo al artículo 4 del Real Decreto Ley 11/2020 y haya concedido la moratoria arrendaticia en los términos del artículo 4.2.b) del mismo. También un «gran tenedor» puede ser persona vulnerable en función de las condiciones (p.e., de antigüedad) de los inmuebles cuya titularidad ostenta y puede verse perjudicado gravemente por las moratorias arrendaticias que haya concedido en inmuebles de su propiedad *no gravados con carga hipotecaria* y en *el inmueble de su propiedad que adquirió con garantía hipotecaria con la finalidad de destinarlo a arrendamiento, que es al que se refiere el artículo 19 del Real Decreto Ley 11/2020.* Por otro lado, *de los artículos 16 y 17 del Real Decreto Ley 11/2020, no se deduce que el deudor hipotecario deba tener en exclusiva un determinado número de inmuebles en propiedad. Lo relevante es el cumplimiento de las*

condiciones subjetivas señaladas en el artículo 16 que determinan una coyuntural vulnerabilidad económica[6].

Los contratos de préstamo hipotecario respecto de los que se solicite la suspensión de las obligaciones deben estar vigentes, o sea pendientes de cumplimiento, a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto Ley 8/2020, es decir, a 18 de marzo de 2020 (disposición final novena) sin que se haya declarado ya vencido el préstamo en aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado (art. 8 y 14.1 RD Ley 8/2020)[7].

Quedan fuera del ámbito de aplicación de la moratoria hipotecaria (arts. 7 a 16 ter RD Ley 8/2020) los préstamos personales sin garantía hipotecaria, los préstamos con garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles diversos de los indicados en el artículo 19 del Real Decreto Ley 11/2020 y préstamos hipotecarios sobre inmuebles incluidos en el artículo 19 del Real Decreto Ley 11/2020 pero en los que el deudor hipotecario no reúne los requisitos de vulnerabilidad económica de los artículos 16 y 17 del Real Decreto Ley 11/2020[8].

2. Ámbito subjetivo de aplicación

De acuerdo con el artículo 8 del Real Decreto Ley 8/2020, las medidas previstas en relación con la moratoria hipotecaria serán de aplicación a los deudores de los contratos antedichos cuando concurran en los mismos todos los requisitos establecidos en el artículo 16 del Real Decreto Ley 11/2020 en relación con el artículo 9 del Real Decreto Ley 8/2020, determinantes de vulnerabilidad económica[9].

Las medidas antedichas se aplicarán también a los fiadores y avalistas del deudor principal (y hay que entender también que a los hipotecantes no deudores *ex* art. 10 del RD Ley 8/2020), *respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones establecidas para el deudor hipotecario*[10].

Los supuestos de vulnerabilidad económica a consecuencia de la epidemia del COVID-19, *a efectos de la moratoria hipotecaria* (regulada en los Reales Decretos Leyes 8/2020 y 11/2020), exigen el cumplimiento conjunto de las siguientes condiciones (art. 16 RD Ley 11/2020 y art. 9 del RD Ley 8/2020).

a) Que el potencial beneficiario (deudor hipotecario con arreglo al art. 19 del RD Ley, fiador, avalista, hipotecante no deudor) pase a estar en situación de desempleo o, en caso de ser empresario o profesional, sufra una pérdida sustancial de sus ingresos o una caída sustancial de sus ventas, entendiéndose por tal, una caída de al menos un 40 %. Tienen la consideración de empresarios y profesionales las personas físicas que cumplan las condiciones previstas en el artículo 5 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

b) Que el conjunto de los ingresos [netos *ex* art. 16.1.c) RD Ley 11/2020] de los miembros de la unidad familiar no supere en el mes anterior a la solicitud de la moratoria, con carácter general, el límite de tres veces el IPREM mensual. Este límite se incrementa en 0,1 veces el IPREM por cada hijo a cargo en la unidad familiar; en 0,15 veces por cada hijo en el caso de unidad familiar monoparental y en 0,1 veces por cada persona mayor de 65 años miembro de la unidad familiar. El límite será de cuatro veces el IPREM, sin perjuicio de los incrementos acumulados por hijo a cargo, en el caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral. El límite será de cinco veces el IPREM en el caso de que el deudor hipotecario 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 reconocida 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[11].

c) Que la cuota hipotecaria, más los gastos y suministros básicos sea igual o superior al 35 por ciento de los ingresos netos mensuales que perciba el conjunto de miembros de la unidad familiar. En el cálculo del importe de la cuota hipotecaria se tiene en cuenta el total de las cuotas hipotecarias de los bienes inmuebles a que se refiere el artículo 19 del Real Decreto Ley 11/2020, es decir la cuota hipotecaria del préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda habitual; la cuota hipotecaria para adquisición de inmuebles afectos a la actividad profesional o empresarial y la cuota hipotecaria para la adquisición de segunda vivienda, en situación actual de alquiler. En cuanto a los gastos y suministros básicos, se incluye el coste de los suministros de electricidad, gas, gasoil para calefacción, agua corriente, de los servicios de telecomunicación fija y móvil y las contribuciones a la comunidad de propietarios [parece, pues, que los gastos ordinarios de comunidad y derramas extraordinarias en curso o contribuciones al fondo de reserva *ex* arts. 9.1.e), f), 10.2.c) y 17.11 LPH]. Ahora bien, los gastos y suministros básicos a tener en cuenta serán los suministrados en la *vivienda habitual* de la unidad familiar.

d) Que a consecuencia de la emergencia sanitaria, o mejor, de la gestión de la misma, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas *en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda*. Tanto el Real Decreto Ley 8/2020 [art. 9.1.d)] como el Real Decreto Ley 11/2020 [art. 16.1.d)] hablan de *esfuerzo de acceso a la vivienda, pero realmente, el esfuerzo puede referirse al acceso a la propiedad del inmueble afecto a la actividad profesional o empresarial o al acceso a la segunda vivienda en situación de arrendamiento vigente. Ello se desprende de la propia definición de incremento de esfuerzo hipotecario, pues se entiende por tal la multiplicación por al menos 1,3 del total de la carga hipotecaria sobre la renta familiar (entendida como la suma de las cuotas hipotecarias de los bienes inmuebles a los que se refiere el art. 19 RD Ley 11/2020)*. Esta interpretación la corrobora también el artículo 9.2.a) del Real Decreto Ley 8/2020.

A los efectos de la moratoria hipotecaria, se 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 y su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita, que residan en la vivienda»[12].

La concurrencia de las anteriores circunstancias se acreditará por el potencial beneficiario mediante la presentación de los documentos a que se refiere el artículo 17.1 del Real Decreto Ley 11/2020. Si el solicitante de la moratoria no pudiese aportar alguno de los documentos requeridos en las letras a) a e) del citado artículo 17.1, podrá sustituirlo mediante una declaración responsable que incluya la justificación expresa de los motivos, relacionados con las consecuencias de la crisis del COVID-19, que le impiden tal aportación. Tras la finalización del estado de alarma y sus prórrogas dispondrá del plazo de un mes para la aportación de los documentos que no hubiese facilitado (art. 17.2 RD Ley 11/2020).

Los deudores acompañarán, junto a la solicitud de moratoria, la documentación prevista en el artículo 17 del Real Decreto Ley 11/2020.

«El régimen de acreditación provisional por medio de declaración responsable unida a la solicitud, basta para producir todos los efectos de la moratoria, incluso

la falta de devengo de intereses moratorios, sin que respecto de la suspensión de los mismos se necesite una *acreditación* inicial de vulnerabilidad»[13].

En cuanto a los acreedores que han de aplicar la moratoria, BALLUGUERA GÓMEZ indica que «no solo están afectados los sujetos a la supervisión del Banco de España, sino, en general, todo tipo de acreedor, incluso los particulares, pero también los profesionales e intermediarios de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito y de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», lo que deduce de la no distinción del artículo 8 del Real Decreto Ley 8/2020 entre acreedores profesionales y no profesionales. No obstante, la cuestión no es tan clara respecto de los particulares pues el Real Decreto Ley 8/2020, en su artículo 13.1 habla de «entidad acreedora»[14].

3. Ámbito de aplicación temporal

La moratoria o moratorias (*arg. ex* art. 19 RD Ley 11/2020) podrán solicitarse por los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación objetivo y subjetivo del Real Decreto Ley 8/2020 a su acreedor o acreedores (en el caso de que los distintos préstamos hipotecarios hayan sido contratados con entidades financieras diferentes), desde el día siguiente a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 8/2020 (o sea, desde el 19 de marzo de 2020) y *hasta quince días después del fin de la vigencia del Real Decreto Ley 8/2020 (art. 12 RD Ley 8/2020)*[15].

De acuerdo con la disposición final décima, con carácter general, las medidas previstas en el real decreto ley (posibilidad de solicitar la moratoria hipotecaria), *mantendrán su vigencia hasta un mes después del fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma (o sea, hasta el 20 de julio)*. Luego la solicitud de moratoria podrá plantearse de acuerdo con el artículo 12 en relación con la disposición final décima del real decreto ley, *hasta quince días después del 20 de julio, es decir, hasta el 4 de agosto incluido,* salvo que, previa evaluación de la situación, el Gobierno prorrogue la vigencia de la medida mediante real decreto ley, permitiendo la presentación de solicitud de moratoria en fecha posterior[16].

Esta prórroga se ha previsto por el Real Decreto Ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda, el cual, mediante la disposición final octava modifica la redacción del artículo 12 del Real Decreto Ley 8/2020, que pasa a tener la siguiente redacción: «los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación de este Real Decreto Ley *podrán solicitar al acreedor, hasta el 29 de septiembre de 2020*, una moratoria en el pago del préstamo con garantía hipotecaria para la adquisición de su vivienda habitual o de inmuebles afectos a la actividad económica que desarrollen empresarios y profesionales. Los deudores acompañarán, junto a la solicitud de moratoria, la documentación prevista en el artículo 17 del Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo»[17].

En cuanto a la medida prevista en el artículo 10 del Real Decreto Ley, consistente en que los fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores que se encuentren en los supuestos de vulnerabilidad económica definidos antes puedan exigir que la entidad acreedora del deudor principal agote el patrimonio de este antes de reclamarles la deuda garantizada, *aunque en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de excusión* (sin perjuicio de la aplicación al deudor principal, en su caso, de las medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas

regulado en el Real Decreto Ley 6/2012), la medida se extiende temporalmente desde el 19 de marzo hasta el 20 de julio de 2020, *al no señalarse un plazo determinado de duración* (*arg. ex* disposición final décima.1 *in fine* y *ex* disposición transitoria segunda). Aunque cabe pensar que si el legislador ha querido que la moratoria pueda solicitarse hasta el 29 de septiembre de 2020, quizás su voluntad, aunque no haya establecido nada expresamente al respecto, es que la medida de oposición a la ejecución sobre la vivienda habitual del fiador o del hipotecante no deudor pueda hacerse efectiva también hasta esa fecha.

III. MEDIDAS REGULADAS EN LA SECCIÓN IV, CAPÍTULO I, DEL REAL DECRETO LEY 8/2020

1. Moratoria hipotecaria

Como señala el artículo 12 del Real Decreto Ley 8/2020 y el artículo 19 del Real Decreto Ley 11/2020, los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación de aquel, podrán solicitar al acreedor una moratoria en el pago del préstamo con garantía hipotecaria para la adquisición de su vivienda habitual, de inmuebles afectos a la actividad económica que desarrollen empresarios y profesionales y de *viviendas distintas a la habitual en situación de alquiler y para las que el deudor hipotecario, persona física y propietario y arrendador haya dejado de percibir la renta arrendaticia en los términos explicados antes*.

Comunicada la solicitud de moratoria y acreditada la situación de vulnerabilidad económica a la entidad acreedora, esta procederá a su implementación en un plazo máximo de 15 días. La aplicación de la suspensión de las obligaciones contractuales no requerirá de acuerdo entre las partes para que surta efecto ni de novación contractual alguna (art. 13.3 RD Ley 8/2020 y *arg. ex* art. 24.2 RD Ley 11/2020)[18].

Durante el periodo de vigencia de la suspensión, el acreedor no podrá exigir el pago de la cuota hipotecaria, ni de ninguno de los conceptos que la integran (amortización del capital o pago de intereses), ni íntegramente, ni parcialmente o en un porcentaje (art. 14.2 RD Ley 8/2020). Es decir, los importes que serían exigibles al deudor de no aplicarse la moratoria no se considerarán vencidos. La fecha del vencimiento acordada en el contrato se ampliará como consecuencia de la suspensión por el tiempo de duración de esta, *sin modificación alguna del resto de las condiciones pactadas*. *Durante el periodo de suspensión tampoco se devengará interés alguno, ni remuneratorio, ni moratorio* (art. 15 RD Ley 8/2020 y *arg. ex* art. 25 RD Ley 11/2020)[19].

La moratoria pretende impedir el vencimiento anticipado de la obligación y la apertura de la ejecución hipotecaria. Su duración será de tres meses desde la implementación (art. 14.1 en relación con el art. 13. 1 y 2 RD Ley 8/2020), si bien dicha duración podrá ser ampliada por Acuerdo del Consejo de Ministros. También puede ser prorrogada por las partes mediante acuerdo, en caso de alcanzarse una novación del contrato[20].

Durante dicho plazo se inaplicará la cláusula de vencimiento anticipado que, en su caso, constara en el contrato de préstamo hipotecario (art. 14.1 RD Ley 8/2020), lo que parece implicar que *la moratoria puede solicitarla también quien ya estuviese en mora de alguna cuota* (pese a que la cuestión es discutida doctrinalmente). *No será aplicable si la entidad acreedora hubiera dado ya por vencido anticipadamente el préstamo hipotecario*.

En este sentido señala MARTÍN FUSTER que *en relación con préstamos que ya se han dado por vencidos o resueltos antes de la entrada en vigor del Real Decreto Ley 8/2020*, se haya iniciado o no la ejecución, no cabría aplicar la moratoria hipotecaria (art. 8 en relación con art. 14.1 RD Ley 8/2020), por lo que podría producirse la ejecución hipotecaria. En cambio, tratándose de préstamos en los que *el deudor hipotecario ha dejado de pagar un número de cuotas que habilita para ejercitar el vencimiento anticipado según el artículo 24 de la Ley 5/2019*, *mientras «el acreedor no realice el requerimiento del artículo 24.1.c) y el anuncio de que reclamará el total de la deuda», como el préstamo no está aún vencido, si se reuniesen los requisitos del Real Decreto Ley 8/2020, sí sería aplicable la moratoria hipotecaria,* «por lo que las obligaciones de pago quedarían en suspenso, y, en virtud del artículo 14, no podría aplicarse la cláusula de vencimiento anticipado, aun cuando con anterioridad a dicha moratoria podría haberse producido». «Una vez transcurrido el tiempo moratorio concedido,… la entidad, si se siguen cumpliendo los requisitos del artículo 24 de la Ley 5/2019, podría ejercitar dicho vencimiento anticipado…». *En relación con préstamos hipotecarios en los que el deudor ha dejado de pagar algunas cuotas, pero sin cumplir los requisitos del artículo 24 de la Ley 5/2019*, «parece claro que si se cumplen los requisitos para solicitar la moratoria, la deuda estará suspendida, sin que las futuras cuotas no abonadas dentro de dicho periodo de la moratoria se tengan en consideración para el cómputo de impagos que fija el artículo 24. Una vez superado el periodo de la moratoria, solo las cuotas impagadas con anterioridad a la misma se seguirán teniendo en consideración, a efectos de alcanzar el mínimo de cuotas que fija el mencionado artículo 24, que deberá completarse con futuros impagos. No existe causa legal que permita… no tener en consideración los impagos anteriores, ya que,… los mismos son incumplimientos de los que sí responde el prestatario con todas sus consecuencias, al no deberse a esta situación excepcional»[21].

BALLUGUERA GÓMEZ, en cambio, mantiene una opinión distinta. Y así indica: «otra cuestión [es]… si puede el deudor en mora, pero en situación de vulnerabilidad, pedir la moratoria, la respuesta es no. Lo impiden los artículos 1096, 1101 y 1182 Código civil, el primero porque el deudor moroso debe soportar las consecuencias del caso fortuito, en este caso la pandemia; el segundo porque el moroso está sujeto a la indemnización de daños y perjuicios y esta, según el artículo 1108 Código civil, son los intereses de demora; y el artículo 1182 impide al deudor acogerse a la extinción de la obligación cuando se hallare constituido en mora.

A ello se le añade que habiéndose vuelto bilateral el préstamo, incumpliendo el deudor sus obligaciones no puede poner en mora al acreedor, en concreto, no podrá pedir el deudor moroso al acreedor que cumpla las obligaciones derivada de la moratoria hipotecaria legal»[22].

A pesar de estos argumentos, creo que el legislador ha querido conceder la moratoria legal incluso al deudor moroso. Lo contrario no tendría sentido viendo el plazo de la moratoria (3 meses ampliables), que lo único que impedirían es que el deudor cumplidor (hasta la fecha en que se implementa) fuera considerado moroso durante dichos tres meses para el caso de no poder hacer frente a las cuotas durante tal periodo, *pero no impedirían de por sí el vencimiento anticipado del préstamo*, que el artículo 24 Ley 5/2019, en relación con la disposición transitoria primera.4, sitúa en un incumplimiento de 12 o 15 mensualidades, *cuando es la razón de ser de la norma.* Parece claro, pues, que la moratoria viene a impedir un vencimiento anticipado *«en curso», dando un margen también al*

deudor que ya atravesaba dificultades antes de la epidemia, agravadas ahora por la gestión de la misma.

Y si bien cabe considerar que el legislador piensa en los contratos de préstamo hipotecario sujetos a la Ley 1/2013 y en la redacción que esta norma dio al artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la cual cabía el pacto de vencimiento anticipado por impago de tres mensualidades, lo cierto es que hay que tener en cuenta la disposición transitoria primera. 4 de la Ley 5/2019, que sustituye para los contratos firmados antes de su entrada en vigor (16 de junio de 2019) en los que no se hubiese producido el vencimiento anticipado en dicha fecha, la cláusula contractual por el contenido del artículo 24 de la Ley 5/2019. Lo que confirma la interpretación que sostenemos.

Aunque la aplicación de la suspensión de obligaciones no requiere de acuerdo entre las partes ni de novación contractual alguna, para que la ampliación del plazo consecuencia de la misma surta efectos frente a terceros deberá formalizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad (art. 12 de la LH). La inscripción de la ampliación del plazo inicial tendrá plenos efectos, en su caso, frente a los acreedores intermedios inscritos, es decir, les perjudicará, aunque no cuente con el consentimiento de estos.

Terminada la moratoria hipotecaria, si el deudor no recupera la situación anterior a la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, podría procederse a la reestructuración de la deuda hipotecaria con arreglo al Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos[23].

En cuanto a la devolución de las cuotas que se han dejado de pagar durante la suspensión, de acuerdo con los artículos 24.2 y 25.2 y 3 del Real Decreto Ley 11/2020 y 13.3 y 14.1 del Real Decreto Ley 8/2020, el tiempo de vigencia de la moratoria «es como si a efectos de la amortización del préstamo no hubiera pasado y la vida del préstamo *se reanudase transcurrida la moratoria en el punto donde quedó, con la única excepción de que el plazo de duración del crédito se ampliará en un tiempo igual al de duración de la moratoria*. Sin embargo, esta solución simple, no es la única y puede ser sustituida por otras si media acuerdo [novación] entre las partes»[24]. Es decir, la vida del préstamo se reanuda abonándose primeramente las cuotas sucesivamente suspendidas y desplazándose las restantes el número de meses correspondiente.

2. Novación del préstamo hipotecario

El artículo 13.4 del Real Decreto Ley 8/2020 prevé que prestamista y prestatario beneficiario de la moratoria puedan acordar una novación modificativa del clausulado del contrato que vaya más allá de la mera suspensión prevista en el artículo 13.2 y 13.3. En todo caso, dicha novación modificativa deberá incorporar, además de los aspectos que las partes pacten, la suspensión de obligaciones impuesta por el Real Decreto Ley 8/2020 y solicitada por el deudor como contenido obligatorio, así como la no aplicación de interés moratorio por el periodo de vigencia de la moratoria (art. 15 RD Ley 8/2020)[25].

De acuerdo con la redacción dada al artículo 13 del Real Decreto Ley 8/2020 por el Real Decreto Ley 26/2020 (BOE 8 julio de 2020) «cuando la entidad financiera conceda, simultánea o sucesivamente, una moratoria legal y una moratoria convencional, el acuerdo de moratoria convencional suscrito con el deudor

recogerá expresamente el reconocimiento de la moratoria legal, *suspendiéndose los efectos de la moratoria convencional hasta el momento en que finalice aquella*» (art. 13.5 RD Ley 8/2020).

A los efectos del artículo 13 del Real Decreto Ley 8/2020, «se entenderá por moratoria legal la regulada en los artículos 13.3, 14 y 15 de este Real Decreto Ley» y se entenderá por moratoria convencional «la regulada en los artículos 7 y 8 del Real Decreto Ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19»[26].

3. Posibilidad de hacer efectivo el beneficio de excusión aunque se hubiera renunciado al mismo

Los fiadores y avalistas que se encuentren en los supuestos de vulnerabilidad económica explicados podrán exigir que la entidad acreedora (que, por ejemplo, ha verificado una ejecución hipotecaria contra el deudor principal y se encuentra en la situación descrita en el artículo 579.1 de la LEC), agote el patrimonio del deudor principal antes de reclamarles la deuda garantizada sobre su vivienda familiar, aunque en el contrato hubieran renunciado al beneficio de excusión (arts. 8.2 y 10 RD Ley 8/2020)[27].

Igualmente, si la entidad acreedora, ante una fianza solidaria, abre ejecución directamente contra el patrimonio del fiador, podrá este hacer uso del artículo 10 del Real Decreto Ley 8/2020 en relación con el artículo 8.2.

En cuanto al hipotecante no deudor que hubiese hipotecado su vivienda familiar en garantía de deuda ajena, caso de que venciere anticipadamente el crédito del deudor durante la vigencia de las medidas del Real Decreto Ley 8/2020 (o sea, hasta el 20 de julio de 2020 [*arg. ex* disposición final décima.1 *in fine* y *ex* disposición transitoria segunda]), podrá exigir igualmente que no se despache ejecución hipotecaria contra su vivienda familiar hipotecada, mientras no se hubiese agotado el patrimonio del deudor para la reclamación de la deuda.

Todo ello sin perjuicio de la aplicación, en su caso, al deudor principal, del Código de Buenas Prácticas.

Estas medidas se aplicarán durante el plazo de vigencia indicado antes, siendo imprescindible que fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores cumplan con los requisitos de vulnerabilidad económica. Es decir, para ser potencial beneficiario de estas medidas será preciso también que se esté haciendo frente a una deuda hipotecaria propia conforme al artículo 19.2 del Real Decreto Ley 11/2020[28].

Pero también podrían el fiador o avalista o el hipotecante no deudor hacer uso de las medidas del artículo 10 del Real Decreto Ley 8/2020 siempre que aun no teniendo contraída deuda hipotecaria con arreglo al artículo 19.2 del Real Decreto Ley 11/2020, los gastos y suministros básicos de su vivienda familiar representen cantidad igual o superior al 35 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de miembros de la unidad familiar [entendiendo por tales los descritos en el art. 16.1.c) del RD Ley 11/2020] y siempre que a consecuencia de la emergencia sanitaria dicho gasto por suministros básicos represente una multiplicación de al menos 1,3 del esfuerzo de mantenimiento de la titularidad de su vivienda sobre la renta familiar.

Es decir, por un lado, fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores podrán hacer uso de la moratoria hipotecaria en relación con los préstamos hipotecarios del artículo 19 del Real Decreto Ley 11/2020 de los que sean deudores y por otro

lado podrán paralizar la ejecución iniciada o que se inicie tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 8/2020, contra su vivienda familiar, por deuda ajena, siempre que acrediten con arreglo a los artículos 11 del Real Decreto Ley 8/2020 y 17 del Real Decreto Ley 11/2020 las circunstancias de vulnerabilidad económica y nos encontremos en el plazo comprendido entre el 19 de marzo de 2020 y el 20 de julio de 2020[29, 30].

IV. FORMALIZACIÓN DE LA MORATORIA

De acuerdo con el artículo 16 ter, apartado segundo, del Real Decreto Ley 8/2020, incorporado por la disposición final primera.7 del Real Decreto Ley 11/2020, «durante la vigencia del estado de alarma y hasta que vuelva a restablecerse plenamente la libertad deambulatoria, no podrán formalizarse las escrituras públicas a que se refiere el artículo 13. No obstante, ello no suspenderá la aplicación de la moratoria, que deberá aplicarse en el plazo máximo de 15 días conforme al artículo 13.1, se haya formalizado o no aún dicha suspensión en escritura pública».

Este precepto ha sido derogado por la disposición derogatoria única del Real Decreto Ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19, con efectos desde el 28 de mayo de 2020[31]. Por lo tanto, desde dicha fecha, la formalización en escritura pública es posible.

La formalización tiene carácter obligatorio. De acuerdo con el artículo 13.3 Real Decreto Ley 8/2020 «la aplicación de la suspensión no requerirá acuerdo entre las partes, ni novación contractual alguna, para que surta efectos, *pero deberá formalizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad*».

Como señala AMERIGO ALONSO, «a pesar de ello, el artículo 16 bis del Real Decreto Ley 8/2020, al enumerar los datos que las entidades prestamistas supervisadas por el Banco de España deben remitir diariamente a esta autoridad, distingue entre el número de suspensiones concedidas *y el número de préstamos en los que el deudor solicita que se documente la suspensión en escritura notarial*. No resulta sencillo entender esta distinción, en la medida en que ambas cifras deberían coincidir, *considerando que el artículo 13.3 de la misma norma impone que la moratoria hipotecaria se formalice en escritura pública, sin que ello dependa de la solicitud de documentación del deudor*»[32].

Resulta lógico que la formalización en escritura pública se conceptúe como obligatoria para la posterior publicidad registral y consiguiente efecto de oponibilidad a tercero, con evitación del surgimiento de un tercero hipotecario, dado que el artículo 144 de la Ley Hipotecaria preceptúa que «todo hecho o convenio entre las partes, que pueda modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, como el pago, la compensación, la espera, el pacto o promesa de no pedir, la novación del contrato primitivo y la transacción o compromiso, *no surtirá efecto contra tercero, como no se haga constar en el Registro por medio de una inscripción nueva, de una cancelación total o parcial o de una nota marginal, según los casos*».

Por otro lado, la inscripción registral también es necesaria para poder perjudicar al tercer poseedor de finca hipotecada (arts. 12 y 114 LH).

En cuanto al régimen arancelario, con arreglo al artículo 16 ter, apartado 1, del Real Decreto Ley 8/2020, «los derechos arancelarios notariales y registrales

derivados de la formalización e inscripción de la moratoria hipotecaria legal en los términos del apartado 3 del artículo 13 y de la formalización e inscripción de la novación del préstamo hipotecario en los supuestos del apartado 4 del artículo 13, *serán satisfechos en todo caso por el acreedor y se bonificarán en un 50 por ciento» en los términos indicados en el precepto.*

Por su parte, la disposición adicional decimoquinta del Real Decreto Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo ha establecido *la obligación unilateral de la entidad acreedora de la elevación a escritura pública del reconocimiento de la suspensión de obligaciones prevista en el artículo 13.3 del Real Decreto Ley 8/2020* (o sea, de la moratoria legal), a los efectos de que pueda procederse a la inscripción de la ampliación del plazo inicial en el Registro de la Propiedad. En otras palabras, «se ha previsto el otorgamiento unilateral por el acreedor de los instrumentos notariales en que se formalice la ampliación de plazo derivada de la moratoria legal»[33].

Esta obligación existe respecto de cualquier solicitud de moratoria presentada al amparo del citado artículo 13.3 del Real Decreto Ley 8/2020 aun cuando la solicitud del acreedor o incluso su aceptación por la entidad acreedora se hubieran producido con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 15/2020 (que tuvo lugar el 23 de abril de 2020 *ex* disposición final decimotercera).

El notario facilitará gratuitamente al deudor una copia simple del instrumento notarial en el que se eleve unilateralmente a público la moratoria legal concedida. El otorgamiento del mismo no estará sujeto a lo dispuesto en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de crédito inmobiliario, «por lo que no será preciso el otorgamiento del acta notarial previa. Ello guarda coherencia con el hecho de que el prestatario no participe en el otorgamiento del instrumento notarial». El otorgamiento unilateral por el acreedor del instrumento público «no rige para las novaciones en sentido estricto que se acuerden entre las partes… pues ante la libertad que rige en estas últimas es necesaria la presencia de prestamista y prestatario para la elevación a instrumento público»[34].

Como señala BALLUGUERA GÓMEZ, en caso de novación «la formalización comprenderá el acuerdo mismo, la suspensión de obligaciones y el no devengo de intereses. Si se trata de hipotecas residenciales será necesario también el depósito previo de las condiciones generales del acuerdo en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, la entrega de la FEIN, oferta vinculante y proyecto de escritura y acta notarial de transparencia material, además el acreedor deberá informar» de todos los extremos referentes a la moratoria legal (que es contenido mínimo imprescindible del acuerdo como se ha indicado antes), es decir, «fecha de inicio de su aplicación, duración, cantidades que comprende, suspensión del pago de cuotas, no devengo de intereses, suspensión del cómputo de cuotas impagadas para el vencimiento anticipado, modo de devolver al cese de la moratoria las cantidades comprendidas en la misma»[35].

Igualmente, para la novación, si la hipoteca no estuviese bajo el ámbito de la Ley 5/2019, «en lugar de aplicar las reglas de transparencia de la Ley 5/2019 … se aplicarán las obligaciones legales de transparencia de la normativa sectorial bancaria y la OEH 2899/2011, el control de transparencia registral deberá centrarse en comprobar que el notario haga constar que FIPER y oferta vinculante se han entregado al cliente, que el notario haya tenido el proyecto de escritura con la antelación debida a disposición del mismo y que consten, en su caso, las discrepancias entre el documento precontractual y el contenido de la escritura»[36].

En relación con la inscripción, el artículo 13.3 del Real Decreto Ley 8/2020 señala: «la aplicación de la suspensión no requerirá acuerdo entre las partes, ni

novación contractual alguna, para que surta efectos, pero deberá formalizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. *La inscripción de la ampliación del plazo inicial tendrá plenos efectos, en su caso, frente a los acreedores intermedios inscritos aunque no cuente con el consentimiento de estos*». Señala BALLUGUERA GÓMEZ que «se confirma así una regla importante en punto al rango hipotecario, las novaciones no alteran el rango de la hipoteca aunque los titulares intermedios no presten su consentimiento, con lo que se consolida una línea expresada en múltiples resoluciones de la DGRN como la de 26 de octubre de 2016, donde se considera que la novación modificativa de la hipoteca solo *excepcionalmente* produce la pérdida del rango hipotecario, a saber, en caso de ampliación del capital del préstamo con ampliación de la responsabilidad hipotecaria o con ampliación del plazo y, solo, por el incremento del capital. La moratoria hipotecaria no se encuentra en ninguno de esos casos»[37].

V. CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN INDEBIDA POR EL DEUDOR DE LAS MEDIDAS PARA LA REESTRUCTURACIÓN DE LA DEUDA HIPOTECARIA INMOBILIARIA

De acuerdo con el artículo 16 del Real Decreto Ley 8/2020, el deudor hipotecario que se hubiese beneficiado de la moratoria hipotecaria sin reunir los requisitos de vulnerabilidad económica que hemos detallado antes (art. 9 RD Ley 8/2011 y art. 16 RD Ley 11/2020), será responsable de los daños y perjuicios que se hayan podido producir y de los gastos generados por la aplicación de las medidas de flexibilización, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden a que la conducta del deudor pudiera dar lugar.

El importe de los daños, perjuicios y gastos no puede resultar inferior al beneficio indebidamente obtenido por el deudor por la aplicación de la norma.

También incurrirá en responsabilidad el deudor que deliberadamente busque situarse o mantenerse en los supuestos de vulnerabilidad económica con la finalidad de obtener la aplicación de la moratoria hipotecaria. Esta circunstancia deberá acreditarse por la entidad acreedora.

VI. RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD ACREEDORA POR INAPLICACIÓN DE LA MORATORIA

En lo que se refiere a la responsabilidad de la entidad acreedora en relación con la concesión de la moratoria hipotecaria, el artículo 16.bis del Real Decreto Ley 8/2020 regula la información (referida al día hábil precedente) que las entidades prestamistas supervisadas por el Banco de España deben remitir cada día hábil a dicha Autoridad, entre la que se encuentra el número de solicitudes de suspensión presentadas por deudores y el número de suspensiones concedidas y de beneficiarios de la suspensión. Por otro lado, el artículo 16.bis del Real Decreto Ley 8/2020 señala que «los artículos 7 a 16 [del RD Ley 8/2020] y el apartado primero de este artículo tendrá la consideración de normas de ordenación y disciplina a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito», por lo que el acreedor incumplidor, como señala BALLUGUERA GÓMEZ, «cuando sea entidad de crédito, estará sujeto a las mismas»[38].

MARTÍN FUSTER «echa en falta que se establezca la obligación de las entidades de poner en conocimiento de sus clientes la existencia de estas medidas [reguladas en el RD Ley 8/2020] tan pronto tenga conocimiento de las dificultades de pago, y, en todo caso, y tras el primer impago, obligación que sí se estableció en el Código de Buenas Practicas en el Real Decreto Ley 6/2012» y se plantea «qué ocurre cuando la entidad, debiendo aplicar estas medidas, ha seguido requiriendo las cuotas, y planteado el correspondiente procedimiento judicial de ejecución hipotecaria usando la cláusula de vencimiento anticipado», ya que el sistema hipotecario español tiene un sistema muy tasado de causas de oposición (art. 695 LEC). No obstante, dada la STJUE de 14 de marzo de 2013 entiende que debería hacerse una interpretación flexible y alegar como motivo de oposición la *inexigibilidad de la deuda*, a través del artículo 559 LEC lo que impediría la continuación del procedimiento de ejecución[39].

En cuanto a BALLUGUERA GÓMEZ, considera que aunque el Real Decreto Ley 8/2020 no contiene norma alguna semejante al artículo 16 sobre responsabilidad del acreedor que incumple las normas de la moratoria (así, que no la aplica pese a haber una solicitud válida del deudor), «en ese caso, además de que deberá indemnizar al deudor los daños y perjuicios producidos, el acreedor incumple una obligación legal y contractual lo que… *le impide al acreedor poner en mora al deudor en la hipoteca sobre la que verse su solicitud*, hasta que el acreedor cumpla lo que le incumbe. O sea que todo termina en una moratoria, la legal, u otra»[40].

VII. CONCLUSIONES

I. El fin de la norma es impedir durante la moratoria hipotecaria el vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios, pudiendo por lo tanto aplicarse a préstamos en los que el deudor ya haya incurrido en algún impago, siempre que se solicite *hasta el 29 de septiembre incluido,* fecha límite para la *solicitud de moratoria* salvo que, previa evaluación de la situación, el Gobierno prorrogue la vigencia de la medida mediante real decreto ley, *permitiendo la presentación de solicitud de moratoria en fecha posterior.*

II. El plazo de vigencia de la moratoria hipotecaria será de tres meses, salvo que se amplíe por Acuerdo del Consejo de Ministros o se alcance una novación.

III. Los fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores, pueden acudir a la moratoria hipotecaria por los préstamos hipotecarios contraídos por deudas propias pero, al mismo tiempo, pueden impedir la ejecución de su *vivienda familiar* desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley 8/2020, el 19 de marzo de 2020, y hasta el 20 de julio de 2020, o sea, hasta un mes después del fin del estado de alarma (plazo fijado con carácter general en el real decreto ley para la vigencia de medidas que no tienen plazo determinado de duración), por las deudas ajenas que garanticen (con fianza o hipoteca) siempre que concurran en ellos las circunstancias de vulnerabilidad económica previstas en el Real Decreto Ley 8/2020 y concretadas por el Real Decreto Ley 11/2020.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE de 14 de marzo de 2013
- STS núm. 3/2020, de 8 de enero de 2020
- STS núm. 463/2019, de 11 de septiembre de 2019

IX. BIBLIOGRAFÍA

AMERIGO ALONSO, J. (2020). ¿Cómo habrá de formalizarse la moratoria de los préstamos a consecuencia del COVID-19? *Diario La Ley,* núm., 9623, 29 de abril de 2020, 1-10.

BALLUGUERA GÓMEZ, C. (2020) (1). Visión rápida de algunas dudas sobre la moratoria hipotecaria por coronavirus. *Revista de Derecho vLex,* núm. 191, abril 2020, 1-15.

— (2020) (2). Moratoria hipotecaria sectorial por coronavirus. *Revista de Derecho vLex,* núm. 194, julio 2020, 1-21.

JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2016). El Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas hipotecarias tras la Ley 25/2015, de mecanismo de segunda oportunidad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 757, 2960-2983.

— (2019). Breve introducción a la nueva Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 776, 3127-3154.

— (2020) (1). El vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios tras la STJUE de 26 de marzo de 2019 y la STS de 11 de septiembre de 2019. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 777, 589-621.

— (2020) (2). Arrendamientos de vivienda, epidemia del COVID-19 y estado de alarma. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm., 780, 2430-2455.

LORENTE HOWELL, J.L. (2020). Moratoria para el pago de las deudas hipotecarias con ocasión del COVID-19. *Actualidad Jurídica Aranzadi,* núm. 962/2020, 1-2 (BIB 2020/12304).

MARTÍN FUSTER, J. (2020). Suspensión del pago del préstamo hipotecario a causa del Coronavirus: Supuestos dentro y fuera del ámbito del Real Decreto Ley 8/2020 y problemas prácticos. *Diario La Ley,* núm. 9602, 26 de marzo de 2020, 1-19.

MARTÍNEZ DE SANTOS, A. (2020). ¿Ha introducido el RDL 8/2020 de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 un nuevo motivo de oposición a la ejecución? *Diario La Ley,* núm. 9611, 13 de abril de 2020, 1-7.

ROLDÁN AGUIRRE, I. (2020). Medidas para la reestructuración de la deuda, con o sin garantía de hipoteca inmobiliaria, y «leasing» afectados COVID-19. *Aranzadi digital,* núm. 1/2020, 1-4 (BIB La 2020/9614).

NOTAS

[1] Realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER 2017-83321-P, «Tutela de los consumidores y clientes de servicios Fintech», dirigido por la Profª. Dra. Matilde CUENA CASAS.

[2] «Una lectura detenida del Real Decreto Ley 8/2020 pone de manifiesto la exigüidad y falta de concreción sobre algunos aspectos clave que la norma regula… Así, del texto del Real Decreto Ley 8/2020 no terminan de quedar claras algunas cuestiones. De entre ellas, por ejemplo, el ámbito de aplicación de la moratoria; si las circunstancias para que se pueda apreciar la situación de vulnerabilidad económica de un deudor hipotecario deben apreciarse de manera cumulativa o pueden darse de forma alternativa; la duración o la manera de solicitar la moratoria; la manera en que deben informar las entidades al Banco de España, entre otras» …algunas de estas cuestiones han sido resueltas en el articulado del… Real Decreto Ley 11/2020… Por ejemplo, se ha concretado —y ampliado— el ámbito de aplicación de la moratoria a los préstamos hipotecarios destinados a adquisición de vivienda habitual, de locales afectos a la actividad económica del autónomo en situación de vulnerabilidad y a aquellos préstamos destinados a la adquisición de viviendas distintas de la habitual que están alquiladas y por las cuales el deudor ha dejado de percibir la renta a causa de la crisis sanitaria. También, por otro lado, se ha especificado textualmente que las condiciones para apreciar la vulnerabilidad económica del deudor han de darse «conjuntamente»… también da respuesta a una de las cuestiones más relevantes que se había dejado en el aire con la anterior redacción: la duración de la moratoria, que ahora se concreta en 3 meses ampliables por Acuerdo del Consejo de Ministros» (LORENTE HOWELL, 2020, 1-2). El Real Decreto Ley 8/2020 es un trasunto del Real Decreto Ley 6/2012 pero modificando su finalidad, consistente ahora en imponer una moratoria de la deuda hipotecaria [no automática o *ex lege*, sino siempre que la solicite el deudor] relativa a la adquisición de la vivienda habitual de quienes padecían extraordinarias dificultades para atender su pago como consecuencia de la crisis del COVID-19» (MARTÍNEZ DE SANTOS, 2020, 2).

[3] Sobre el vencimiento anticipado, *vid.* JIMÉNEZ PARÍS, 2020 (1) y STS de 11 de septiembre de 2019 y 8 de enero de 2020.

[4] La finalización del estado de alarma se ha producido en la hora 24 del día 20 de junio, iniciándose el día 21 de junio de 2020 con el estado de alarma ya levantado. Así se deduce del artículo 2 del Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que señala: «La prórroga establecida en este real decreto se extenderá desde las 00:00 horas del día 7 de junio de 2020 hasta las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020, y se someterá a las mismas condiciones establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y en las disposiciones que lo modifican, aplican y desarrollan, sin perjuicio de lo que se establece en los artículos siguientes». El Estado de alarma estuvo vigente desde el 14 de marzo de 2020, ex disposición final tercera Real Decreto 463/2020, que señalaba «el presente real decreto entrará en vigor en el momento de su publicación en el Boletín Oficial del Estado», lo que tuvo lugar el 14 de marzo de 2020.

[5] Real Decreto Ley 11/2020, artículo 19. Moratoria de deuda hipotecaria. «La deuda hipotecaria o los préstamos hipotecarios a los que se refieren los artículos 7 a 16 ter del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, serán la deuda hipotecaria contraída o los préstamos hipotecarios contratados para la adquisición de: a) La vivienda habitual. b) Inmuebles afectos a la actividad económica que desarrollen los empresarios y profesionales a los que se refiere la letra a) del artículo 16.1. *c) Viviendas distintas a la habitual en situación de alquiler y para las que el deudor hipotecario persona física, propietario y arrendador de dichas viviendas, haya dejado de percibir la renta arrendaticia desde la entrada en vigor del Estado de alarma decretado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, o deje de percibirla hasta un mes después de la finalización del mismo*».

[6] Sobre arrendamientos de vivienda, epidemia del COVID-19 y estado de alarma, *vid*, JIMÉNEZ PARÍS, 2020.

[7] Real Decreto Ley 8/2020. Disposición final novena. Entrada en vigor. «Este real decreto ley entrará en vigor el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial del Estado». (BOE 18 de marzo de 2020).

[8] *Cfr.,* MARTÍN FUSTER, 2020, 4.

[9] Real Decreto Ley 8/2020. Artículo 8. Ámbito de aplicación de la moratoria de deuda hipotecaria. 1. Las medidas previstas en este real decreto ley para la suspensión de las obligaciones derivadas de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria vigentes a la fecha de entrada en vigor de este real decreto ley cuya finalidad fuera la adquisición de vivienda habitual o de inmuebles afectos a la actividad económica que desarrollen empresarios y profesionales se aplicarán a dichos contratos *cuando concurran en el deudor todos los requisitos establecidos en el artículo 16 del Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, para entender que está dentro de los supuestos de vulnerabilidad económica.* 2. Estas mismas medidas se aplicarán igualmente a los fiadores y avalistas del deudor principal, respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario».

[10] Real Decreto Ley 8/2020. Artículo 10. Fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores. «Los fiadores, avalistas e *hipotecantes no deudores que se encuentren en los supuestos de vulnerabilidad económica* podrán exigir que la entidad agote el patrimonio del deudor principal, sin perjuicio de la aplicación a este, en su caso, de las medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas, antes de reclamarles la deuda garantizada, aun cuando en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de excusión».

[11] El IPREM mensual en 2020 se encuentra en 537,84 euros (http://www.iprem.com.es/)

[12] De acuerdo con el precepto legal, como el cónyuge separado legalmente o divorciado no forma parte de la unidad familiar, los ingresos de este no cuentan a efectos de determinar si el deudor hipotecario con hijos a su cargo (tiene su custodia) alcanza o no el límite de tres veces el IPREM mensual. De lo cual resulta que los hijos de familias estructuradas (numerosas o no) y cuyos padres superen el límite del IPREM (aunque sea por pequeña diferencia) quedan fuera de las ayudas previstas en el Real Decreto Ley 8/2020 *en clara discriminación negativa respecto de los hijos de familias desestructuradas.* También queda discriminado el deudor hipotecario en igual estado civil de soltero que los integrantes de la pareja de hecho inscrita pero sin esta, cuyos ingresos pueden no alcanzar tres veces el IPREM mensual, quedando, sin embargo, fuera del ámbito de aplicación de la moratoria. La norma fomenta así tanto la huida del matrimonio al conceder a las parejas de hecho beneficios propios de la condición de casado, como la configuración de parejas de hecho, lo que no parece razonable siendo la sociedad comunidad de sociedades matrimoniales y no de mónadas individuales.

[13] BALLUGUERA GÓMEZ, 2020 (1), 4.

[14] BALLUGUERA GÓMEZ, 2020 (1), 2.

[15] Real Decreto Ley 8/2020. Disposición transitoria segunda. Comienzo de la moratoria. «Las solicitudes de moratoria a la que se refiere el artículo 12 podrán presentarse desde el día siguiente a la entrada en vigor del presente real decreto ley. Dicha solicitud supone la aplicación de los artículos 15 y 16 de este real decreto ley».

[16] Real Decreto Ley 8/2020. Artículo 12. *Solicitud de moratoria*. «Los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación de este real decreto ley podrán solicitar del acreedor, hasta quince días después del fin de la vigencia del presente real decreto ley, una moratoria en el pago del préstamo con garantía hipotecaria para la adquisición de su vivienda habitual o de inmuebles afectos a la actividad económica que desarrollen empresarios y profesionales. Los deudores acompañaran junto a la solicitud de moratoria, la documentación prevista en el artículo 1 del Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo». Disposición final décima. *Vigencia.* «1. Con carácter general, las medidas previstas en el presente real decreto ley mantendrán su vigencia hasta un mes después del fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma. No obstante lo anterior, aquellas medidas previstas en este Real Decreto Ley que tienen un plazo de duración determinado se sujetarán al mismo. Sin perjuicio de lo anterior la vigencia de las medidas previstas en este real decreto ley, previa evaluación de la situación, se podrá prorrogar por el Gobierno mediante real decreto ley». En este sentido indica AMÉRIGO ALONSO que «la concesión de la moratoria es rogada para su

beneficiario, quien puede solicitarla hasta transcurrido un mes y quince días desde el fin del estado de alarma» (AMÉRIGO ALONSO, 2020, 3). «Así resulta del juego del artículo 12 del Real Decreto Ley 8/2020 (que sitúa el término del plazo en el decimoquinto día posterior del fin de la vigencia de esta norma) y su disposición final décima (conforme a la cual, con carácter general, las medidas previstas por el legislador de urgencia mantendrán su vigencia hasta un mes después del fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma)» (AMÉRIGO ALONSO, 2020, nota 2).

[17] El Real Decreto Ley 26/2020, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 2020) ha entrado en vigor el 9 de julio de 2020 (disposición final decimosexta).

[18] Real Decreto Ley 8/2020. Artículo 13. Concesión de la moratoria. «1. Una vez realizada la solicitud de la moratoria a la que se refiere el artículo 12 de este real decreto ley, la entidad acreedora procederá a su implementación en un plazo máximo de 15 días»… «3. La aplicación de la suspensión no requerirá acuerdo entre las partes, ni novación contractual alguna, para que surta efectos, pero deberá formalizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. La inscripción de la ampliación del plazo inicial tendrá plenos efectos, en su caso, frente a los acreedores intermedios inscritos aunque no cuente con el consentimiento de estos». Real Decreto Ley 11/2020. Artículo 24. Concesión de la suspensión. «1. Una vez realizada la solicitud de la suspensión a la que se refiere el artículo 23 de este real decreto ley y acreditada la situación de vulnerabilidad económica, el acreedor procederá a la suspensión automática de las obligaciones derivadas del crédito sin garantía hipotecaria. 2. Al igual que en la moratoria de los préstamos hipotecarios regulada en los artículos 7 a 16 del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, la aplicación de la suspensión no requerirá acuerdo entre las partes para que surta efectos, ni novación contractual alguna …». Por implementación se entiende que la entidad acreedora debe dar una respuesta positiva a la solicitud (*Cfr.,* MARTÍNEZ DE SANTOS, 2020, 4). La moratoria es obligatoria para el prestamista, de modo que concurriendo las condiciones subjetivas, «el acreedor viene obligado a implementar la suspensión de la deuda dentro de los quince días siguientes a la solicitud (art. 13.1 del Real Decreto Ley 8/2020)» (AMÉRIGO ALONSO, 2020, 3).

[19] Real Decreto Ley 8/2020. Artículo 14. Efectos de la moratoria. «1. La solicitud de la moratoria a la que se refiere el artículo 12 conllevará la suspensión de la deuda hipotecaria durante el plazo de tres meses y la consiguiente inaplicación durante el periodo de vigencia de la moratoria de la cláusula de vencimiento anticipado que, en su caso, constara en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria. La duración de la suspensión podrá ser ampliada por Acuerdo del Consejo de Ministros. 2. Durante el periodo de vigencia de la moratoria a la que se refiere el presente capítulo la entidad acreedora no podrá exigir el pago de la cuota hipotecaria, ni de ninguno de los conceptos que la integran (amortización del capital o pago de intereses), ni íntegramente, ni en un porcentaje. Tampoco se devengarán intereses». Artículo 15. Inaplicación de intereses moratorios. 1. En todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se encuentre en los supuestos de vulnerabilidad económica prácticas y acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia, no se permitirá la aplicación de interés moratorio por el periodo de vigencia de la moratoria. 2 Esta inaplicabilidad de intereses no será aplicable a deudores o contratos distintos de los regulados en el presente real decreto ley». Real Decreto Ley 11/2020. Artículo 25. Efectos de la suspensión [de obligaciones derivadas de contratos de crédito sin garantía hipotecaria]. «1. Durante el periodo de vigencia de la suspensión: a) el acreedor no podrá exigir el pago de la cuota, ni de ninguno de los conceptos que la integran (amortización del capital o pago de intereses), ni íntegramente, ni parcialmente. b) No se devengarán ningún tipo de intereses ni ordinarios, ni de demora. 2. La fecha de vencimiento acordada en el contrato se ampliará, como consecuencia de la suspensión, por el tiempo de duración de esta, sin modificación alguna del resto de las condiciones pactadas. …» Preceptos relativos a la moratoria de préstamos no hipotecarios pueden aplicarse analógicamente a la moratoria hipotecaria (BALLUGUERA GÓMEZ, 2020 (1), 7). En relación con los intereses remuneratorios BALLUGUERA GÓMEZ considera sobre la base del artículo 25.1.a) del Real Decreto Ley 11/2020, que los intereses remuneratorios correspondientes al periodo de la moratoria no se suspenden para exigirse de nuevo cuando pase la moratoria, sino que se condonan (BALLUGUERA GÓMEZ, 2020 (1), 6). En mi opinión,

si hay moratoria y las cuotas suspendidas no cuentan a efectos de vencimiento anticipado, *no tiene sentido que durante estos tres meses se devenguen unos intereses remuneratorios reclamables a posteriori ya que ese lapso temporal no cuenta como plazo del préstamo*. Pero las cuotas cuyo vencimiento se ha suspendido, una vez levantada la moratoria, son reclamables íntegramente por la entidad acreedora tanto en cuanto a la parte de capital como en cuanto a la parte de intereses remuneratorios que la integrase.

[20] *Cfr.,* BALLUGUERA GÓMEZ, 2020 (1), 1.

[21] MARTÍN FUSTER, 2020, 13-15. Ley 5/2019. Artículo 24. Vencimiento anticipado. 1. En los contratos de préstamo cuyo prestatario, fiador o garante sea una persona física y que estén garantizados mediante hipoteca o por otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial el prestatario perderá el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato si concurren conjuntamente los siguientes requisitos: a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses. b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos: i. Al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses. ii. Al siete por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses. c) *Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo.*2. Las reglas contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario. Disposición transitoria primera. Contratos preexistentes. 1. Esta Ley no será de aplicación a los contratos de préstamo suscritos con anterioridad a su entrada en vigor. 2. No obstante, las previsiones de esta Ley resultarán de aplicación a aquellos contratos celebrados con anterioridad si son objeto de novación o de subrogación con posterioridad a su entrada en vigor. En particular, el prestamista deberá informar al prestatario en los términos señalados en el artículo 14 de aquellos contenidos que hayan sido objeto de modificación respecto de lo contratado inicialmente. … 4. *Para los contratos anteriores a la entrada en vigor de esta Ley en los que se incluyan cláusulas de vencimiento anticipado, será de aplicación lo previsto en el artículo 24 de esta Ley, salvo que el deudor alegara que la previsión que contiene resulta más favorable para él.* Sin embargo, no será de aplicación este artículo a los contratos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, se hubiese instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo, y estuviera este suspendido o no». La Ley 5/2019 entró en vigor el 16 de junio de 2019, de acuerdo con su disposición final decimosexta. La STS (Pleno) de 11 de septiembre de 2019 ha considerado que la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado (incorporada en contratos celebrados antes del 16 de junio de 2019) conlleva la nulidad del contrato de préstamo hipotecario en su totalidad al afectar a la causa del mismo (que devendría inexistente), de modo que el contrato residual respondería a una naturaleza y finalidad diversa a la que pretendieron inicialmente las partes. Conllevando dicha nulidad efectos perjudiciales para el consumidor (al impedir tramitar el procedimiento de ejecución hipotecaria, que comporta beneficios de orden procesal y material para el consumidor), el contrato debería integrarse para permitir su subsistencia y la del título ejecutivo con la redacción que la Ley 5/2019 ha dado al artículo 693.2 LEC, que remite al artículo 24 de aquella ley. Partiendo de estas premisas el Tribunal Supremo establece una serie de criterios orientativos de actuación para los tribunales inferiores una vez apreciada la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado. Tratándose de procedimientos de ejecución en los que el vencimiento anticipado tuvo lugar antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, en aplicación de una cláusula nula, deben sobreseerse. Aquellos procedimientos en que se dio por vencido el préstamo en aplicación de una cláusula nula,

tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013, deben sobreseerse si el incumplimiento del deudor no reviste los requisitos de gravedad y proporcionalidad a los que se refirió la STJUE de 14 de marzo de 2013. Si revistiese la gravedad prevista en el artículo 24 Ley 5/2019 en relación con el artículo 693.2 LEC, en redacción dada por Ley 5/2019, el procedimiento puede continuar. Si se dictase auto de sobreseimiento en uno u otro caso, el auto no surte efectos de cosa juzgada respecto de una nueva demanda ejecutiva basada en la aplicación no de una cláusula nula sino de la disposición legal con la que se integra el contrato en beneficio del consumidor (art. 24 Ley 5/2019, a pesar de la disposición transitoria primera.4, que se utiliza para integrar contratos anteriores a la entrada en vigor de la Ley 5/2019, cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido en virtud de una cláusula nula antes del 16 de junio de 2019). En la STS de 8 de enero de 2020, el Tribunal Supremo reitera que «para evitar una nulidad del contrato que exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, podría sustituirse la cláusula anulada por la aplicación del artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —como expresamente indican las resoluciones del TJUE de 26 de marzo de 2019 y 3 de julio de 2019, especialmente el auto de esta última fecha recaído en el asunto 486/2016—. Pero no en su literalidad, sino conforme a la interpretación de dicho precepto que ya habíamos hecho en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero. Es decir, que los tribunales deberán valorar en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de la esencialidad de la obligación incumplida y la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo».

[22] BALLUGUERA GÓMEZ, 2020 (1), 7.

[23] MARTÍN FUSTER, 2020, 5. Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo. Artículo 1. Este real decreto ley tiene por objeto establecer medidas conducentes a procurar la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago, así como mecanismos de flexibilización de los procedimientos de ejecución hipotecaria. Artículo 2. Las medidas previstas en este real decreto ley se aplicarán a los contratos de préstamo o crédito garantizado con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión y que estén vigentes a la fecha de entrada en vigor o que se suscriban posteriormente. Las medidas previstas en este real decreto ley se aplicarán igualmente a los fiadores y avalistas hipotecarios del deudor principal, respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario». *Vid.*, JIMÉNEZ PARIS, 2016.

[24] BALLUGUERA GÓMEZ, 2020 (1), 8-9.

[25] Real Decreto Ley 8/2020. Artículo 13. Concesión de la moratoria. …«4. Cuando prestamista y prestatario beneficiario de la moratoria acuerden una novación como consecuencia de la modificación del clausulado del contrato en términos o condiciones contractuales que vayan más allá de la mera suspensión a la que se refiere el artículo 13, incorporarán, además de aquellos otros aspectos que las partes pacten, la suspensión de las obligaciones contractuales impuesta por este real decreto ley y solicitada por el deudor, así como el no devengo de intereses durante la vigencia de la suspensión».

[26] BOE, 27 de mayo de 2020. De acuerdo con la disposición final decimoséptima entró en vigor el 28 de mayo de 2020. Los artículos 7 y 8 del Real Decreto Ley 19/2020 se refieren a moratorias convencionales suscritas al amparo de Acuerdos marco sectoriales promovidos por las asociaciones representativas de entidades financieras sobre aplazamiento de operaciones de financiación de clientes afectados por la crisis del coronavirus. *Vid.*, BALLUGUERA GÓMEZ, 2020 (2).

[27] *Cfr.*, ROLDÁN AGUIRRE, 2020, 2. MARTÍNEZ DE SANTOS considera que se ha establecido una «especie de oposición a la ejecución posterior a la hipotecaria a la que se refiere el artículo 685.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o a la de título no judicial» (MARTÍNEZ DE SANTOS, 2020, 4-5). De manera que el fiador o el avalista pueden oponerse a la ejecución *ex* artículos 557.1.5.ª, 558 o 559.1.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (MARTÍNEZ DE SANTOS, 2020, 6). Artículo 685.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «A los efectos previstos en el apartado 1 del artículo 579 será necesario, para que pueda despacharse ejecución por la cantidad que falte y contra quienes proceda, que se les haya notificado la demanda ejecutiva inicial. Esta notificación podrá ser practicada por el procurador de la parte ejecutante que

así lo solicite o cuando atendiendo a las circunstancias lo acuerde el letrado de la administración de justicia. La cantidad reclamada en esta será la que servirá de base para despachar ejecución contra los avalistas o fiadores sin que pueda ser aumentada por razón de los intereses de demora devengados durante la tramitación del procedimiento ejecutivo inicial».

[28] *Cfr.* MARTÍNEZ DE SANTOS, 2020, 3.

[29] MARTÍNEZ DE SANTOS se pregunta qué sucede con los préstamos hipotecarios vencidos entre la entrada en vigor del Real Decreto Ley 8/2020 y la del Real Decreto Ley 11/2020, respecto a inmuebles afectos a la actividad económica y a viviendas distintas a la habitual en situación de alquiler. (MARTÍNEZ DE SANTOS, 2020, 4-5). Es decir, si en estos casos, fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores pueden hacer uso del artículo 10 del Real Decreto Ley 8/2020, para paralizar las ejecuciones iniciadas contra su vivienda familiar en ese lapso de tiempo. Si la ejecución se iniciase tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 11/2020 (2 de abril de 2020, de acuerdo con su disposición final decimotercera), entiendo que no habría problema alguno para alegar el artículo 10 del Real Decreto Ley 8/2020 en relación con el artículo 19 del Real Decreto Ley 11/2020. Las dudas surgen en relación con las ejecuciones iniciadas entre el 18 de marzo de 2020 (fecha de entrada en vigor del RD Ley 8/2020, según su disposición final décima) y el 1 de abril de 2020.

[30] MARTÍN FUSTER, en relación con la posición de fiadores y avalistas en el Real Decreto Ley 8/2020, señala: «Respecto de los fiadores y avalistas del deudor principal, que se encuentren igualmente en dicha situación de vulnerabilidad, además de poder acudir al beneficio de excusión (art. 10), *el artículo 8 parece admitir igualmente la suspensión de la obligación de pago de estos sujetos. Nada se dice si deben ser fiadores o garantes de un préstamo destinado a la adquisición de la vivienda habitual del deudor, por lo que cabe preguntarse si deben cumplir o no este requisito.* Pero en este caso, sí que especifica dicho artículo 8 que estas medidas se aplicarán *respecto de su vivienda habitual* (art. 8), supuesto que hace dudar de cuál sea la operatividad del precepto con dicha mención, ya que como tales fiadores o avalistas no responden directamente con la vivienda habitual, salvo que garanticen la obligación con dicha vivienda, constituyéndose en hipotecantes no deudores. Sí que podrá dirigirse la reclamación contra todo su patrimonio (incluida su vivienda habitual) en el posterior juicio ejecutivo que tenga lugar» (MARTÍN FUSTER, 2020, 3). Pero es precisamente este efecto el que quiere evitar el artículo 10 del Real Decreto Ley 8/2020, durante el tiempo de vigencia del mismo.

[31] Disposición final decimoséptima Real Decreto Ley 19/2020: «El presente real decreto ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado» (BOE 27 de mayo de 2020).

[32] AMÉRIGO ALONSO, 2020, nota 3.

[33] AMÉRIGO ALONSO, 2020, 5-6.

[34] AMÉRIGO ALONSO, 2020, 6-7.

[35] BALLUGUERA GÓMEZ, 2020 (1), 10-11.

[36] BALLUGUERA GÓMEZ, 2020 (1), 11-12. Sobre el ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, *vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, 2019.

[37] BALLUGUERA GÓMEZ, 2020 (1), 14.

[38] BALLUGUERA GÓMEZ, 2020 (1), 14.

[39] MARTÍN FUSTER, 2020, 5-6 y 9-11.

[40] BALLUGUERA GÓMEZ, 2020 (1), 13.

2. DERECHO MERCANTIL

Cookies y consentimiento

Cookies and *consent*

por

LAURA CABALLERO TRENADO

Profesora. Doctora. Universidad Internacional de La Rioja

RESUMEN: El Reglamento General de Protección de Datos (en adelante, RGPD) constituye toda una declaración de intenciones por parte del legislador europeo que, con su promulgación, ha optado por un estándar muy tuitivo en materia de protección de datos. No sucede así con la regulación de las *cookies*, una cuestión que no ha alcanzado un grado tan alto de armonización. En su navegación *online*, el usuario se ve impelido a soslayar su propia privacidad, al tener que aceptar *cookies* impuestas bien por el propio operador de la página en la que se encuentra o por terceros. ¿Implica esta declaración de voluntad una aceptación de la «oferta»? ¿Cómo ha de ser el consentimiento para que el tratamiento de la información recabada por las *cookies* sea válido? En el presente artículo se analiza la posición del TJUE sobre la cuestión del consentimiento en materia de *cookies* en el asunto *C-673/17* (Sentencia EU:C:2019:801).

ABSTRACT: The General Data Protection Regulation (hereinafter, GDPR) constitutes a declaration of intent on the part of the European legislator who, with its promulgation, has opted for a ultra conservative standard on data protection. This is not the case with the regulation of cookies, an issue that has not reached such a high degree of harmonization. In its online navigation, the user is forced to circumvent their own privacy, having to accept cookies imposed either by the operator of the page on which it is located or by third parties. Does this declaration of will imply acceptance of the offer? How should consent be for the treatment of the information collected by cookies to be valid? This article analyzes the position of the CJEU on the issue of consent on cookies in Case C-673/17 (EU Judgment: C: 2019: 801).

PALABRAS CLAVE: Protección de datos. *Cookies*. Consentimiento. Privacidad. Armonización. Estándar.

KEY WORDS: Data Protection. Cookies. Consent. Privacy. Harmonization. Standar.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA POSICIÓN DEL TJUE.—III. A PROPÓSITO DE LA JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTE SOBRE *COOKIES* Y CONSENTIMIENTO. EL ASUNTO *673/17*. BREVE EXÉGESIS DEL CASO.—IV. COMENTARIO A LA DECISIÓN DEL TJUE: 1. Aspectos nucleares de la problemática. 2. Aspectos procesales. 3. Aspectos sustantivos.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Aunque el estándar de privacidad que ha elegido el legislador europeo es muy tuitivo, la casuística que presenta esta cuestión es ingente y representa un desafío constante. A ello se une el hecho de que la entrada en vigor del RGPD, en mayo de 2018, es relativamente reciente, lo que hace que sobre los jueces europeos recaiga la ardua tarea de interpretar y delimitar su alcance.

Éste es, precisamente, el caso de las *cookies*. De hecho, para la doctrina consolidada, la regulación de las *cookies* no ha sufrido un nivel de armonización tan alto como otras cuestiones en materia de protección de datos[1].

En apretada síntesis, cabe recordar que una *cookie* es un pequeño archivo de texto digital que es enviado por un servidor de un sitio web a los ordenadores de los usuarios que visitan esos sitios web. La *cookie* queda almacenada en el navegador del usuario que ha realizado la visita de manera que el sitio web puede consultar la actividad previa del navegador y, de esta forma, conocer el comportamiento y visitas del usuario que utiliza el navegador[2].

Las *cookies* se suelen emplear para conocer información sobre los hábitos de navegación del usuario; a menudo, las *cookies* son publicitarias, en función de la información que recopilen, almacenen y el uso que de esa información se haga.

Hoy día, debido a que todos disponemos de dispositivos personales (*smartphones*, *tablets* y ordenadores personales) y a que estos están registrados e identificados de manera única, la información y datos que se generan cuando nos conectamos a Internet permite individualizar los datos y generar perfiles de usuarios y sus hábitos entrando en el terreno de los datos personales. Por todo ello, las *cookies* y otras tecnologías asimilables recopilan y tratan datos personales, y están sujetas al RGPD.

II. LA POSICIÓN DEL TJUE

En su interacción con las nuevas tecnologías, los usuarios pueden ver amenazada su privacidad. Y es aquí donde la labor hermenéutica del órgano jurisdiccional europeo se hace indispensable.

Son necesarias dos resoluciones en un mismo sentido emanadas de un mismo órgano jurisdiccional para que pueda hablarse de doctrina consolidada.

Aunque escasa (téngase en cuenta la proximidad de la promulgación del texto rector europeo sobre protección de datos), la doctrina jurisprudencial europea sobre el consentimiento es concluyente y puede afirmarse que, junto al presente caso objeto de estudio, es constante.

En este sentido, aunque el presupuesto fáctico era distinto, el 29 de julio de 2019 aclaró cómo y a quién debía el usuario dar el consentimiento cuando visitaba una página que tenía instalado un botón de *me gusta* perteneciente a la red social *Facebook*.

En efecto, en cumplimiento de una de sus principales funciones —la interpretación en un contexto de conflicto entre el Derecho europeo y el Derecho nacional—, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) resolvía en Sentencia de 29 de julio (*Case 40/17*) una cuestión prejudicial en la que se pronunciaba sobre la responsabilidad, la delimitación y el alcance del tratamiento de datos personales en el caso de los *likes*[3].

En apretada síntesis, los hechos del caso eran los siguientes. Una tienda alemana de moda *online* llamada *Fashion ID* instaló en su *site* un *plug in* que

mostraba el módulo social *Me gusta* de *Facebook*. De este modo, la web detectaba la mera «entrada» del usuario en la web y enviaba tanto la dirección IP del usuario como la identificación de su navegador a la red social.

Y, tras esta visita, el usuario no se marchaba con las «manos vacías», puesto que *Facebook* le obsequiaba con unas cuantas *cookies* que inserta en su navegador, de manera que el sitio web podía consultar la actividad previa del navegador. Así, la red social detectaba no solo el número de *likes* sino, incluso, si el usuario estaba o no en ese momento en *Facebook*. En cualquier caso, todo el proceso se realizaba con independencia de que el usuario fuera miembro o no de la red social.

Los expertos aseguran que *Facebook* emplea unas doce *cookies*, una tecnología de almacenamiento sobre la que los propietarios de las redes sociales habían esgrimido hasta ahora su cualidad de temporal —información que expiraría al final de la sesión de navegación—, para soslayar cualquier responsabilidad, pero que tiene vocación de permanencia.

En el caso que comentamos, se da la circunstancia de que *Facebook* habría procedido a la instalación en el navegador del usuario de *datr* y *fr* que junto con *lu*, excepcionan la trasnochada excusa de la temporalidad, pues duran nada menos que hasta dos años.

Una asociación de consumidores de Alemania —la *NRW*— demandó a *Fashion ID* por transmitir a *Facebook* datos personales de usuarios sin su consentimiento.

En esencia, este es el relato fáctico que tienen que sustanciar los cinco magistrados del Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de la ciudad alemana de Düsseldorf quienes, ante las dudas razonables que les surgen con relación a la interpretación del Derecho europeo, deciden elevar una cuestión prejudicial ante el TJUE para que este aclare el asunto.

En total, la cuestión prejudicial giraba en torno a varias preguntas de naturaleza mixta. La primera, de naturaleza jurídico-procesal, se centraba en determinar si las entidades públicas de usuarios tienen legitimación activa para ejercitar acciones judiciales en defensa de los intereses de los perjudicados.

Hasta ahora, los propietarios de las redes sociales argumentaban en los tribunales que los usuarios no pagan y que, por lo tanto, no pueden tener la condición de «consumidor».

Una importante Resolución que guarda muchas similitudes con el presente caso del Tribunal de Gran Instancia de París, de 7 de agosto de 2018, que resuelve a favor de los consumidores al entender que, si bien los usuarios no pagan por el servicio, el uso de la plataforma [léase *Twitter*] no es gratuito, enerva la justificación de los propietarios de las redes sociales[4].

Volviendo al caso de la tienda de moda *online* alemana y *Facebook*, cabe señalar que el órgano jurisdiccional remitente albergaba dudas acerca de si la Directiva 95/46 permite que las asociaciones de utilidad pública ejerciten acciones judiciales para defender los intereses de los perjudicados[5].

En su opinión, el artículo 24 de esa Directiva no niega la capacidad procesal de las asociaciones, toda vez que, a tenor de este artículo, los Estados miembros adoptarán las «medidas adecuadas» para garantizar la plena aplicación de dicha Directiva. Este punto sobre la legitimación de la Asociación de consumidores alemana queda resuelto con pronunciamiento favorable a sus intereses por parte del TJUE[6].

Y, despachada la cuestión procesal, el Alto Tribunal entra a pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Según el TJUE, tanto *Fashion ID* como *Facebook* deben ser tenidas como corresponsables del tratamiento. Así, el órgano jurisdiccional europeo se inclina

por atribuir al administrador la obligación de informar tanto sobre su identidad como de la finalidad para la que recabará sus datos, así como de solicitar el consentimiento previo para la recogida y tratamiento de datos. En otras palabras, coloca a *Fashion ID* en la posición de responsable de tratamiento de datos con respecto a la recogida de estos.

Por lo anterior, según el TJUE a *Facebook* no le corresponde solicitar dicho consentimiento «en la medida en que es el hecho de que un visitante consulte ese sitio de Internet lo que desencadena el proceso de tratamiento de datos personales» y ello, por cuanto citando una de las conclusiones del Abogado General «no sería coherente con una protección eficaz y oportuna de los derechos del interesado que el consentimiento solamente se diera al corresponsable del tratamiento que interviene posteriormente, a saber, al proveedor de dicho módulo»[7].

III. A PROPÓSITO DE LA JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTE SOBRE *COOKIES* Y CONSENTIMIENTO. EL ASUNTO *673/17*. BREVE EXÉGESIS DEL CASO

El Caso 673/17 tiene por objeto resolver una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE por el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal alemán, mediante resolución de 5 de octubre de 2017, recibida en el TJUE el 30 de noviembre de 2017, por la que el órgano *a quo* solicita al Tribunal europeo que interprete el Derecho de la Unión relativo a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas[8].

En concreto, esta solicitud tiene por objeto la interpretación de los artículos 2, letra f), y 5, apartado 3, de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), en su versión modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, en relación con el artículo 2, letra h), de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y con el artículo 6, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46 (Reglamento general de protección de datos).

La precitada petición se presenta en el contexto de un litigio entre la Federación de Organizaciones de Consumidores de Alemania y la mercantil *Planet49*, empresa que desarrolla juegos *online*, en relación con el consentimiento prestado por los participantes en un juego con fines promocionales organizado por dicha sociedad con el que autorizaban la transmisión de sus datos personales a patrocinadores y empresas colaboradoras de dicha sociedad, el almacenamiento de información y el acceso a información almacenada en su equipo terminal.

En septiembre de 2013 la empresa alemana *Planet49* organizó un juego con fines promocionales a través de una página de Internet. Aquellos participantes que desearan intervenir tenían que introducir su código postal, tras lo cual accedían a una *site* en la que debían incluir su nombre y dirección postal. Debajo de los campos reservados para facilitar la dirección figuraban dos menciones acompañadas de casillas.

La primera mención, cuya casilla no estaba marcada por defecto, rezaba: «Presto mi consentimiento para que determinados patrocinadores y empresas colaboradoras puedan informarme por correo, teléfono, correo electrónico o SMS sobre ofertas de su respectivo ámbito de actividad. Yo mismo puedo determinarlos aquí, en caso contrario serán elegidos por el organizador. Puedo revocar mi consentimiento en cualquier momento. Aquí puede obtener más información al respecto».

La segunda mención, cuya casilla estaba marcada por defecto, tenía la siguiente redacción: «Presto mi consentimiento para el uso del servicio de análisis de páginas web *Remintrex*. En consecuencia, el organizador del juego con fines promocionales, [*Planet49*], instalará *cookies* una vez me haya registrado para en el juego, lo que le permitirá analizar mi comportamiento de navegación y uso de páginas web de socios publicitarios y enviarme publicidad específica conforme a mis intereses a través de *Remitrex*. Puedo cancelar las *cookies* en cualquier momento. Aquí puede obtener más información».

Por lo tanto, la participación en el juego solo era posible si se marcaba, al menos, la primera casilla.

En el marco de un requerimiento que no recibió respuesta alguna, la Federación alegó que las declaraciones de consentimiento solicitadas por *Planet49* mediante las casillas primera y segunda no cumplían los requisitos exigidos por las disposiciones del artículo 307 del Código civil alemán, del artículo 7, apartado 2, punto 2, de la Ley de Defensa de la Competencia, de 3 de julio de 2004, en su versión aplicable al litigio principal, y de los artículos 12 y siguientes de la Ley federal alemana sobre protección de datos.

La Federación presentó una demanda ante el Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Fráncfort solicitando, sustancialmente, que se exigiese a *Planet49* que dejase de pedir tales declaraciones de consentimiento y que fuera condenada a pagarle la cantidad de 214 euros. El precitado órgano jurisdiccional estimó parcialmente dicha demanda, pero el fallo será recurrido por *Planet49*.

En su resolución de apelación, el Tribunal declarará que la pretensión de la Federación de que *Planet49* dejase de incluir en los contratos de juego con fines promocionales celebrados con los consumidores la segunda casilla carecía de fundamento, puesto que, por un lado, el usuario tenía conocimiento de la posibilidad de quitar la marca de dicha casilla, y, por otro lado, la referida mención presentaba una tipografía suficientemente clara y daba información sobre el modo de funcionamiento de las *cookies*. Considerará, asimismo, que no será necesario divulgar la identidad de los terceros que podían acceder a la información recabada.

La Federación de consumidores decide recurrir en casación y el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal considerará que la solución del litigio principal dependerá de la interpretación de las disposiciones de los artículos 5, apartado 3, y 2, letra f), de la Directiva 2002/58, del artículo 2, letra h), de la Directiva 95/46, y del artículo 6, apartado 1, letra a), del Reglamento 2016/679.

Al albergar dudas acerca de la validez, a la luz de estas disposiciones, de la obtención, por *Planet49* del consentimiento de los usuarios mediante la segunda casilla y sobre el alcance de la obligación de información prevista en el artículo 5.3 de la Directiva 2002/58, el Alto Tribunal alemán decidirá suspender el procedimiento y plantear al TJUE una cuestión prejudicial.

En concreto, el órgano *a quo* plantea al TJUE si existe un consentimiento válido en el sentido de los artículos 5, apartado 3, y 2, letra f), de la Directiva [2002/58], en relación con el artículo 2, letra h), de la Directiva [95/46], cuando

el almacenamiento de información o la obtención de acceso a la información ya almacenada en el equipo terminal de un usuario se autoriza a través de una casilla ya marcada de la que el usuario debe retirar la marca en caso de que no desee prestar su consentimiento.

Asimismo, pregunta sobre si en la aplicación de los artículos 5.2, letra f) y 5.3 de la Directiva [2002/58], en relación con el artículo 2, letra h), de la Directiva [95/46], implica alguna diferencia el hecho de que la información almacenada u obtenida se refiera a datos personales.

Del mismo modo, plantea el órgano *a quo* si en las circunstancias señaladas en la primera cuestión, letra a), existe un consentimiento válido en el sentido del artículo 6, apartado 1, letra a), del Reglamento [2016/679].

Por último, pregunta qué información debe facilitar el proveedor de servicios al usuario para cumplir con la obligación de facilitar una información clara y completa establecida en el artículo 5.3 de la Directiva [2002/58] y si la misma incluye también el tiempo durante el cual las *cookies* estarán activas, así como la cuestión de si un tercero obtiene acceso a las mismas.

IV. COMENTARIO A LA DECISIÓN DEL TJUE

1. Aspectos nucleares de la problemática

En esencia, las cuestiones que conforman el núcleo de la *ratio decidendi* de la sentencia se circunscriben a aspectos de naturaleza jurídico-sustantiva.

En concreto, tras dirimir los cuerpos legislativos aplicables al caso, el Alto Tribunal europeo interpreta cómo debe ser el consentimiento otorgado por un usuario para aceptar o soslayar las *cookies*, así como el alcance del tratamiento de los datos que se han recabado de un usuario mediante el empleo de la técnica de instalación de esta tecnología de almacenamiento.

A continuación, se analiza la fundamentación jurídica de la sentencia desde una doble perspectiva procesal y sustantiva.

2. Aspectos procesales

La única cuestión de índole procesal que se plantea en el caso es la legitimación de la condición de consumidores de la parte demandante que recurre en casación ante el Tribunal remitente de la cuestión prejudicial.

Con carácter previo se impone, pues, resolver el asunto de la legitimación activa de la actora pues, sin tal condición, se desactivaría el catálogo de derechos jurídico-procesales para accionar un procedimiento judicial.

¿Tienen, pues, los usuarios de una página que desarrolla juegos *online* con fines promocionales entidad de consumidores? Y, más aún, ¿ostenta la legitimación activa para instar un procedimiento judicial una asociación de consumidores?

Es preciso recordar que una constante de nuestros días es la reivindicación de la unidad de actuación, tanto de los «consumidores» como de otros colectivos[9]. Aisladamente, en palabras de algún autor, aquellos no son sino seres «desarmados»[10], algo que se confirma en el desarrollo de las relaciones jurídicas en la sociedad actual.

Respecto de la primera cuestión, la Ley alemana otorga legitimación para poder ser parte de procesos civiles a los grupos de usuarios o consumidores

afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables, ello sin perjuicio —como recuerda ROSILLO—[11] de que pueda litigarse de forma conjunta *ab initio* formando un litisconsorcio activo voluntario. Por lo tanto, estamos ante una lista cerrada, tasada. Doctrinalmente, se ha confirmado lo inconveniente de escoger esta opción[12].

En cualquier caso, el Alto Tribunal recuerda en el considerando 32 de la sentencia que la Federación de consumidores y usuarios alemana figura inscrita en la lista de entidades que gozan de legitimación activa con arreglo al artículo 4 de la Ley sobre Acciones de Cesación en Caso de Infracción del Derecho de Consumo o de Otras Infracciones, de 26 de noviembre de 2001.

Por lo tanto, la cuestión de la legitimación activa es indubitada. A este respecto, consideramos que, de no haber aplicado el derecho interno, podría haberlo hecho *per saltum* otorgando la precitada condición sobre la base legal del artículo 4 de la Directiva 2009/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a acciones de cesación en materia de protección de intereses de consumidores y, por lo tanto, salvando el inconveniente de una lista cerrada de derecho nacional y aplicando la legislación europea. No debe olvidarse, al fin y a la postre, que estamos ante un sistema multinivel y que la legislación europea en materia de derechos de consumidores está armonizada y goza de una naturaleza muy tuitiva.

Al respecto, como recuerda parte de la doctrina, el TJUE se ha pronunciado sobre la inaplicación de las normas de derecho interno para permitir la efectividad de la norma comunitaria cuando esta tuviera carácter esencial para el funcionamiento de la UE[13].

En concreto, conforme a la normativa comunitaria europea, están legitimadas para ser parte de procesos civiles, en general, y para el ejercicio de las acciones de cesación en defensa de los consumidores colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios las entidades habilitadas.

¿Y de qué entidades habilitadas hablamos? De forma periódica, la Comisión Europea debe publicar en el Diario Oficial de la Unión Europea un listado actualizado de entidades habilitadas, que se conforma con la información suministrada por las autoridades de los Estados miembros[14].

3. Aspectos sustantivos

En esencia, el TJUE se centra en el análisis del tratamiento de los datos que se han recabado de un usuario con el empleo de la técnica de instalación de *cookies* y ciñe su alcance, que queda condicionado a una declaración de voluntad otorgada válidamente.

El artículo 1261 del Código civil estipula que los tres elementos esenciales de todo contrato son, por este orden, consentimiento, objeto y causa; de todos ellos, el consentimiento es el más importante, por cuanto en el acuerdo de voluntades de los contratos descansa la obligatoriedad del contrato y de las obligaciones que de él nacen[15].

Para que el consentimiento sea válido es necesario que las voluntades se hayan determinado libremente y de modo consciente y deliberado. Cuando no ocurre así, se dice que su consentimiento adolece de un vicio, el cual, cuando tiene la necesaria gravedad, puede producir la ineficacia del contrato, dando lugar a su anulabilidad[16].

La declaración de voluntad es el acto de manifestar la voluntad de negocio, es decir, la conducta por la que el sujeto exterioriza lo querido. Como acto (positivo), la declaración precisa de la voluntad encaminada a realizar la conducta externa, el comportamiento material, en el que tal declaración consiste (quien hace involuntariamente un signo que en el tráfico significa aceptación de una oferta, no manifiesta aceptar esta)[17].

En esta tesis se alinea el TJUE en el Considerando 59 de la sentencia que comentamos, al afirmar que «en el caso de autos, en contra de lo que aduce *Planet49*, el hecho de que un usuario active el botón de participación en el juego con fines promocionales organizado por dicha sociedad no basta para considerar que el usuario ha dado de manera válida su consentimiento para la colocación de *cookies*».

Más aún. Para que se pueda recopilar y almacenar información a través de *cookies* de los terminales de los interesados es necesario que estos hayan sido informados clara y completamente de los datos que se recopilan, fines del tratamiento y demás requisitos del RGPD, así como que el responsable permita al interesado ejercitar sus derechos, en particular el derecho de oposición al tratamiento[18].

Y ello, particularmente, en el caso de *cookies* publicitarias, por cuanto el consentimiento es la base fundamental de su licitud, debiendo este ser previo y conforme al Reglamento.

Así opina el Alto Tribunal europeo, cuando sostiene que la interpretación de la insuficiencia de la activación por parte del usuario del botón con el fin de participar en el juego con fines promocionales organizado por *Planet49* para dar por válido su consentimiento «se impone, con mayor motivo, a la luz del Reglamento 2016/679»[19].

Para el órgano jurisdiccional europeo, en lo que concierne al tenor del artículo 5.3 de la Directiva 2002/58, procede señalar que, si bien esta disposición establece expresamente que el usuario debe haber «dado su consentimiento» a la colocación de *cookies* en su equipo terminal y a la consulta de estas, la referida disposición no contiene, en cambio, indicación alguna sobre el modo en que debe darse dicho consentimiento.

No obstante, los términos «dado su consentimiento» se prestan a una interpretación literal, según la cual se precisa una acción del usuario para que este exprese su consentimiento. A este respecto, del considerando 17 de la Directiva 2002/58 se desprende que, a efectos de esta Directiva, el consentimiento de un usuario podrá darse por cualquier medio apropiado que permita la manifestación libre, inequívoca y fundada de la voluntad del usuario, por ejemplo, «mediante la selección de una casilla de un sitio web en Internet»[20].

Esta selección implica una actitud proactiva por parte del usuario. De hecho, el precepto 5.3 de la Directiva precitada impone una obligación sobre el operador que coloca una *cookie* en el ordenador del usuario de obtener el previo consentimiento, lo que implica: i) informar al interesado sobre la colocación y fines de *cookies*; ii) una vez suministrada esta información al usuario, este debe consentir antes de que se coloque la *cookie* en su ordenador, no después ni simultáneamente, y iii) el interesado debe tener la opción de dar o no el consentimiento y, en caso de que lo conceda, debe hacerlo de manera proactiva.

Pero esta exigencia de una actitud proactiva por parte del usuario no siempre es posible. Ocurre, por ejemplo, que a veces el internauta no ve la información que se acompaña en la casilla premarcada. ¿Qué grado de diligencia es entonces exigible? Entendemos que estaríamos ante la diligencia que marca el artículo 1104 del Código civil.

No faltan voces desde la doctrina consolidada del sector del Derecho de consumo que abogan por «una reforma del derecho contractual» como medida inmediata para acabar con la incertidumbre que genera esta materia y la consecuente seguridad jurídica que acarrea, un asunto especialmente preocupante en el caso de aquellas cláusulas mediante las que los proveedores de servicios se reservan el derecho de almacenar datos por ellos mismos o en empresas *partners* de otros países[21].

Cabe señalar que si la doctrina *iusprivatista* se inclina por la ineficacia como remedio jurídico para invalidar el consentimiento informado otorgado mediante una casilla premarcada, para la doctrina civilista podríamos estar ante un vicio del consentimiento producido por un error.

Específicamente, en línea con las voces más consolidadas, nos inclinamos por el error impropio u obstativo, que afecta a la declaración de voluntad y que tiene lugar cuando el usuario «queriendo declarar una cosa, declara equivocadamente otra»[22].

En relación a la cuestión del «almacenamiento de información» y a la «obtención de acceso a la información ya almacenada», tras prevenir en su *ratio decidendi* que la Directiva no califica dicha información ni precisa si esta ha de consistir en datos personales, el órgano jurisdiccional señala que, con esta disposición, se pretende proteger al usuario de la injerencia en su esfera privada, independientemente de que dicha injerencia afecte a datos personales o de otro tipo.

Para el TJUE, esta interpretación queda corroborada por el considerando 24 de la Directiva 2002/58, con arreglo al cual toda información almacenada en el equipo terminal de los usuarios de una red de comunicaciones electrónicas forma parte de la esfera privada de los usuarios, que debe ser protegida de conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta protección se aplica a toda información almacenada en dicho equipo, con independencia de si se trata de datos personales o no, y tiene como finalidad, en particular, según se desprende de ese mismo considerando, proteger a los usuarios contra el riesgo de que identificadores ocultos u otros dispositivos similares puedan introducirse en el equipo terminal del usuario sin su conocimiento[23].

De este modo, concluye que no deben interpretarse de manera diferente en función de que la información almacenada o consultada en el equipo terminal del usuario de un sitio de Internet sean o no datos personales en el sentido de la Directiva 95/46 y del Reglamento 2016/679[24].

Tras perfilar cómo debe ser el consentimiento que otorgue el usuario para que este sea válido, la labor hermenéutica del órgano jurisdiccional europeo prosigue con la finalidad de aclarar dos cuestiones. En primer término, si la información que el proveedor de servicios debe facilitar al usuario de un sitio de Internet incluye el tiempo durante el cual las *cookies* estarán activas. En segundo lugar, si existe la posibilidad de que terceros tengan acceso a aquellas.

Para el TJUE, las *cookies* que instala *Planet49* tienen como finalidad recabar información con fines publicitarios para productos de empresas colaboradoras. Por lo tanto, la información acerca del tiempo durante el cual las *cookies* estarán activas y la posibilidad de que terceros tengan acceso a ellas forma parte de la información clara y completa que debe facilitarse al usuario de conformidad con el artículo 5.3 de la Directiva 2002/58.

Este deber de información por parte de los proveedores de servicios de la sociedad de la información tanto del objeto como del fin y del tiempo durante el cual las *cookies* permanecerán activas se justifica tanto por la complejidad de la

naturaleza técnica de aquellas como por la situación de partida de «desequilibrio subjetivo», por lo que deviene necesario tutelar la confianza legítima que una parte deposita en la otra, al objeto de corregirlo[25].

En la Sentencia que se comenta, los jueces europeos subrayan que el artículo 10 de la Directiva 95/46, a la que se hace referencia en el artículo 5.3 de la Directiva 2002/58, así como el artículo 13 del Reglamento 2016/679 enumeran las indicaciones que el responsable del tratamiento debe facilitar a la persona cuyos datos recaba.

Por lo tanto, el Tribunal europeo recuerda que, en virtud del artículo 10 de la Directiva 95/46, estas indicaciones incluyen, en particular, además de la identidad del responsable del tratamiento y de los fines del tratamiento de que van a ser objeto los datos, cualquier otra información tal como los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos, en la medida en que, habida cuenta de las circunstancias específicas en que se hayan obtenido los datos, dicha información suplementaria resulte necesaria para garantizar un tratamiento de datos leal respecto del interesado.

En este sentido, para el órgano jurisdiccional «si bien el tiempo durante el cual se va a proceder al tratamiento de los datos no se halla entre dichas indicaciones, de la expresión "por lo menos" que figura en el precepto 10 de la Directiva 95/46 resulta, no obstante, que esta enumeración no es exhaustiva», por lo que —aclara— «debe considerarse que la información relativa al tiempo durante el cual las *cookies* estarán activas responde a la exigencia, establecida en dicho artículo, de que el tratamiento de los datos sea leal, puesto que, en una situación como la controvertida en el litigio principal, un periodo de tiempo largo, o incluso ilimitado, implica la recogida de numerosos datos sobre los hábitos de navegación y la frecuencia de las eventuales visitas del usuario a los sitios de los socios publicitarios del organizador del juego con fines promocionales»[26].

El tratamiento de datos leal y transparente —recuerda el Alto Tribunal— es una interpretación que «queda corroborada por el artículo 13, apartado 2, letra a), del Reglamento 2016/679, que prevé que, para garantizar un tratamiento de datos leal y transparente, el responsable del tratamiento debe facilitar al interesado información, entre otras cosas, sobre el plazo durante el cual se conservarán los datos personales o, cuando no sea posible, sobre los criterios utilizados para determinar este plazo»[27].

En lo que respecta a la posibilidad de que terceros puedan acceder a las *cookies*, los jueces recuerdan que se trata de una información comprendida en las indicaciones mencionadas en el artículo 10, letra c), de la Directiva 95/46 y en el artículo 13, apartado 1, letra e), del Reglamento 2016/679, dado que ambos preceptos contienen una lista de los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos.

Y, a tenor de lo anterior, para el Tribunal europeo el artículo 5.3 de la Directiva 2002/58 debe interpretarse en el sentido de que la información que el proveedor de servicios debe facilitar al usuario de un sitio de Internet incluye el tiempo durante el cual las *cookies* estarán activas y la posibilidad de que terceros tengan acceso a aquellas.

V. CONCLUSIONES

I. El tratamiento de datos personales que realizan los prestadores de servicios de la sociedad de la información es una cuestión que suscita una enorme

incertidumbre. La promulgación del RGPD por el legislador europeo constituye una apuesta decidida por un patrón tuitivo elevado en esta materia. Ahora bien, los sistemas de captación de información de los usuarios a través de *cookies* se han sofisticado.

El empleo de diversos mecanismos de captación de datos que no parecen estar a la altura de algunas exigencias legales se verifica cuando el usuario recibe, por ejemplo, publicidad comportamental, lo que acaece cuando se ha efectuado un tratamiento de sus datos distinto al fin para el que se registró en una página web o se dio de alta en una página de una red social. En este sentido, «*privacy intrusions are not abstract*» —como recuerda Mills en el prefacio de su obra *Privacy. The Lost Right*—[28].

II. En este contexto, es clave la labor hermenéutica del TJUE, al objeto de interpretar y delimitar cómo debe ser el consentimiento que otorgue el usuario, al objeto de que este pueda considerarse válido, puesto que la casuística sobre este particular desborda el ámbito puramente normativo.

En concreto, para el TJUE, el consentimiento otorgado por un internauta debe ser activo, es decir, es necesario que sea fruto de una acción libre, clara, específica, informada e inequívoca.

III. Atrás queda definitivamente la ambigüedad que dejaba en el aire el tenor literal del artículo 14 del RPD, que admitía el consentimiento tácito, con lo que una casilla marcada por defecto equivalía a la validación del consentimiento, con la consecuente inseguridad jurídica que se generaba. Y, también, el argumento trasnochado de los proveedores de la temporalidad del almacenamiento para soslayar obligaciones legales.

IV. En el asunto *Planet49* el Tribunal confirma que ese tipo de casillas no son eficaces para prestar el consentimiento en materia de tratamiento de datos personales, que conforme al RGPD requiere una manifestación de voluntad «libre, específica, informada e inequívoca» (considerandos 61 y 62 de la sentencia), por lo que la desactivación de la casilla premarcada es insuficiente para validar el consentimiento informado, al no poder descartarse que el usuario «no haya leído la información que acompaña a la casilla marcada por defecto, o que ni tan siquiera la haya visto, antes de proseguir con su actividad en el sitio de Internet que visita»[29].

Los jueces europeos también se pronuncian sobre dos cuestiones que revisten una importancia clave en esta materia. De un lado, sobre el acceso a información almacenada en el equipo terminal del usuario de un sitio de Internet a través de *cookies*, aspecto sobre el que es de aplicación el artículo 5.3 de la Directiva 2002/58, incluso cuando esa información no afecte a datos personales *stricto sensu*, puesto que el precitado instrumento normativo «protege toda información almacenada en el equipo terminal de los usuarios como parte de su esfera privada»[30].

De otro, recuerdan la exigencia que tienen los proveedores de servicios de la sociedad de la información de proporcionar información que permita al usuario «determinar fácilmente las consecuencias de cualquier consentimiento que pueda dar y garantizar que dicho consentimiento se otorgue con pleno conocimiento de causa». Además, la información «debe ser claramente comprensible y suficientemente detallada para que el usuario pueda comprender el funcionamiento de las *cookies* empleadas»[31].

Por ello, puntualiza que cuando las *cookies* están destinadas a recabar información con fines publicitarios para productos de empresas colaboradoras de quien las instala, para que la información suministrada sea considerada «clara

y completa» debe incluir, entre otros aspectos, «información acerca del tiempo durante el cual las *cookies* estarán activas y la posibilidad de que terceros tengan acceso a ellas»[32].

V. Esta sentencia consolida la doctrina jurisprudencial europea (es la segunda resolución emitida por el TJUE en un mismo sentido sobre este particular) acerca de cómo debe ser el consentimiento en materia de *cookies*, toda vez que la interpretación del artículo 13 del RGPD (relativo a la información que debe facilitarse cuando los datos personales se obtengan del interesado) queda robustecida.

Y se erige como un referente hermenéutico (no es casual que el Tribunal se pronuncie mediante sentencia de Gran Sala) de cara a perfilar la información que debe darse en el marco del precepto 5.3 de la Directiva 2002/58, a la par que anticipa una armonización más alta en esta materia, lo que pasa por posibilitar la acreditación en el futuro del cumplimiento efectivo de las obligaciones de los prestadores de servicios, una cuestión fundamental.

Ello puede producirse seguramente cuando tenga lugar la promulgación del Reglamento *ePrivacy* (hecho que estaba previsto en mayo de 2018, junto a la entrada en vigor del RGPD, pero que finalmente no se hizo efectivo), que cristalizaría en un segundo paso en la armonización y coherencia que tanto urge en el sector de las comunicaciones electrónicas en Europa y que contribuiría a proteger la privacidad de las comunicaciones electrónicas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALBADALEJO, M. (2013). *Derecho civil I. Introducción y parte general*. Madrid: Edisofer.

CORRIPIO GIL-DELGADO, M.R. (1999). *Los contratos informáticos. El deber de información precontractual*. Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas.

DE LA OLIVA, A. (2012). *Curso de derecho procesal civil I: parte general*. Madrid: Editorial universitaria. Ramón Areces.

DÍEZ-PICAZO, L. (2007). *Fundamentos del derecho civil patrimonial I. Introducción. Teoría del contrato*. Pamplona: Aranzadi, Thomson Reuters, Civitas.

MILLS, J. (2008). *Privacy. The Lost Right*. New York: Oxford University Press.

ORTEGA RUIZ, M. (2018). *El Reglamento General de Protección de Datos fácil*. Colección nuevas tecnologías. Madrid: Editorial Siglo XXI Legal.

PÉREZ DAUDÍ, V. (2018). *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*. Barcelona: Atelier.

REBOLLO DELGADO, L. (2017). *Contratación electrónica y protección de los consumidores —una visión panorámica—*. Madrid: Reus.

ROSILLO FAIRÉN, A. (2010). *La configuración del contrato de adhesión con consumidores*. Madrid: La Ley.

SÁNCHEZ CALERO, F.J. (2016). *Curso de derecho civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

STIGLITZ, G. (1991). *El Derecho contractual y la protección jurídica del consumidor en América Latina*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

VICENT CHULIÁ, F. (2000). Las acciones colectivas de condiciones generales y su impacto en los sectores de contratación especial. *Revista General de Derecho,* 56 (663).

NOTAS

[1] ORTEGA RUIZ, M. (2018). *El Reglamento General de Protección de Datos fácil*. Colección nuevas tecnologías. Madrid: Editorial Siglo XXI Legal, 167-175.

[2] *Ibidem*.

[3] Asunto *Fashion ID*, *C-40/17*, EU:C:2019:629.

[4] Sentencia 14/07300 del *Tribunal de Grande Instance de Paris*, de 7 de agosto de 2018.

[5] Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (apdo. 35).

[6] Asunto *Fashion ID*, *C-40/17*, EU:C:2019:629, apdo. 35.

[7] Asunto *Fashion ID*, *C-40/17*, EU:C:2019:629, apdo. 102.

[8] Asunto *C-673/17* (Sentencia de Gran Sala EU:C:2019:801).

[9] ROSILLO FAIRÉN, A. (2010). *La configuración del contrato de adhesión con consumidores*. Madrid: La Ley, 497.

[10] STIGLITZ, G. (1991). *El Derecho contractual y la protección jurídica del consumidor en América Latina*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1.274.

[11] *Artículo Cit*.

[12] VICENT CHULIÁ, F. (2000). Las acciones colectivas de condiciones generales y su impacto en los sectores de contratación especial. *Revista General de Derecho,* 56, 6.153.

[13] Por ejemplo, PÉREZ: 2018. PÉREZ DAUDÍ, V. (2018). *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*. Barcelona: Atelier, 44.

[14] DE LA OLIVA, A. (2012). *Curso de derecho procesal civil I: parte general*. Madrid: Editorial universitaria. Ramón Areces, 408.

[15] SÁNCHEZ CALERO, F.J. (2016). *Curso de derecho civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 145.

[16] *Ibidem*.

[17] ALBADALEJO, M. (2013). *Derecho civil I. Introducción y parte general*. Madrid: Edisofer, 545.

[18] *Op. cit*.

[19] Asunto *C-673/17* (Sentencia de Gran Sala EU:C:2019:801), apdo. 60.

[20] *Ibidem*.

[21] REBOLLO DELGADO, L. (2017). *Contratación electrónica y protección de los consumidores —una visión panorámica—*. Madrid: Reus, 282.

[22] DÍEZ-PICAZO, L. (2007). *Fundamentos del derecho civil patrimonial I. Introducción. Teoría del contrato*. Pamplona: Aranzadi, Thomson Reuters, Civitas, 149 y 172-183.

[23] Asunto *C-673/17* (Sentencia de Gran Sala EU:C:2019:801), apdo. 70.

[24] Asunto *C-673/17* (Sentencia de Gran Sala EU:C:2019:801), apdo. 71.

[25] CORRIPIO GIL-DELGADO, M.R. (1999). *Los contratos informáticos. El deber de información precontractual*. Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 278.

[26] Asunto *C-673/17* (Sentencia de Gran Sala EU:C:2019:801), apdo. 78.

[27] Asunto *C-673/17* (Sentencia de Gran Sala EU:C:2019:801), apdo. 79.

[28] MILLS, J. (2008). *Privacy. The Lost Right*. New York: Oxford University Press, 11.

[29] Asunto *C-673/17* (Sentencia de Gran Sala EU:C:2019:801), apdo. 55.

[30] Asunto *C-673/17* (Sentencia de Gran Sala EU:C:2019:801), apdo. 70.

[31] Asunto *C-673/17* (Sentencia de Gran Sala EU:C:2019:801), apdo. 74.

[32] Asunto *C-673/17* (Sentencia de Gran Sala EU:C:2019:801), apdo. 75.

3. URBANISMO

La constancia registral de la situación urbanística de la edificación

The registration of the planning situation of buildings

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN
Abogado

RESUMEN: Se analiza el régimen jurídico de la nota marginal expresiva de la concreta situación urbanística de las edificaciones inscritas bajo el procedimiento especial de las obras antiguas.

ABSTRACT: Analysis of the legal regime of the marginal note of the specific planning situation of the buildings registered under the special procedure of old construction statement.

PALABRAS CLAVE: Obra antigua. Nota marginal. Situación urbanística.

KEY WORDS: Old construction statement. Marginal note. Planning situation.

RESOLUCIÓN de 17 de junio de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

SUMARIO: I. RESUMEN DE LOS HECHOS.—II. EXTRACTO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. El artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de suelo de 2015.—2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA: *A) El artículo 54 del Real Decreto 1093/1997. B) Las sucesivas Leyes estatales del Suelo. C) La Ley Hipotecaria*.—3. EL SUPUESTO DE HECHO DE LA NORMA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 28.4.C) DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE SUELO Y REHABILITACIÓN URBANA.—4. REQUISITOS PARA LA PRÁCTICA DE LA NOTA MARGINAL.—5. DURACIÓN Y EFECTOS DE LA NOTA MARGINAL Y CONSECUENCIAS DE SU FALTA.

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

Se debate en el presente recurso si puede hacerse constar por nota marginal la condición de actuación urbanística clandestina de una obra nueva ampliada

e inscrita en el Registro de la Propiedad, como obra nueva antigua. A juicio del registrador esto no es posible por no constar 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 conforme al artículo 28.4.c del Real Decreto Legislativo 7/2015 y añade que: a) No puede señalarse con carácter genérico que se incumple la normativa urbanística sin concretar de qué normativa se trata. b) La clandestinidad de la obra no queda bien delimitada, dado que la finca se formó por segregación en virtud de escritura otorgada en 1972 e inscrita en 1973 que incluye toda la parcelación (…); y la certificación catastral se refiere a una vivienda realizada en 1970. De aquí se sigue que obra y ampliación de obra coincidieron en el tiempo. Es preciso aclarar este punto. c) El Secretario del Ayuntamiento afirma que se ha dado traslado al titular registral, pero no que este haya recibido la notificación del Ayuntamiento.

II. EXTRACTO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se extractan seguidamente las afirmaciones más relevantes empleadas por la resolución comentada como *ratio decidendi* de la estimación del recurso.

«3. 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.

Además, (...) la expedición de certificación por parte del Ayuntamiento, según la normativa urbanística de Castilla-La Mancha, presupone que la finca está fuera de ordenación.

4. 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 […] de la finca registral […], 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.

Para constatar registralmente, en el marco del procedimiento del artículo 28.4 de la Ley de Suelo, la concreta situación urbanística de la edificación declarada, con la delimitación de su contenido e indicación expresa de las limitaciones que imponga al propietario, debe resultar acreditada, de la certificación administrativa presentada, la oportunidad de intervención del titular registral (ya sea el actual o el que inscribió la edificación que causó la notificación), debidamente

identificado, en el procedimiento que da lugar a la correspondiente resolución declarativa, sobre la cual el Ayuntamiento emite su pronunciamiento al Registro de la Propiedad (vid Resolución 30 de junio de 2016). En este sentido, dada la presunción de legalidad de los actos administrativos, basta con que en la certificación administrativa conste que se ha hecho la notificación, sin necesidad de acreditar —como exige el registrador— la recepción de la notificación. No cabe confundir la necesidad de acreditar que se ha hecho la notificación, con los supuestos legales que exigen acreditar la presentación de alguna documentación, pues en tal caso se exige a su vez acreditación de la recepción (caso del art. 254 LH, según Resolución de 23 de enero de 2014).

5. (...) 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, pues como recuerda la Resolución de 22 de junio de 2013, la redacción actual del artículo 65 de la Ley de Suelo, es fruto de la modificación operada por el artículo 25 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, que bajo el antetítulo de «Protección registral ante títulos habilitantes de obras y actividades» le da nueva redacción con la finalidad expresada en su exposición de motivos de «hacer especial hincapié en las medidas de protección registral cuyo objetivo consiste en la protección preventiva y en la depuración a futuro de situaciones que se producen en la actualidad y que están afectando de manera muy negativa a la inversión en el sector inmobiliario, tanto a nivel interno, como internacional».

Así, entre los actos administrativos inscribibles, se hace mención expresa de «las condiciones especiales a que se sujeten los actos de conformidad, aprobación o autorización administrativa, en los términos previstos por las Leyes» y de «cualquier otro acto administrativo que, en desarrollo de los instrumentos de ordenación o ejecución urbanísticos modifique, desde luego o en el futuro, el dominio o cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas o la descripción de estas», revelando la necesidad de evitar una enumeración cerrada de actos urbanísticos inscribibles, por la variedad de estos y la propia diversidad normativa —artículo 65.1.d) y) de la Ley de Suelo y Resoluciones de 14 de mayo de 2005, 14 de julio de 2009, 26 de abril de 2011, 22 de junio de 2013 y 24 de marzo de 2015—.

Tales determinaciones, salvo en los casos que la legislación establezca otra cosa, podrán inscribirse en el Registro de la Propiedad mediante certificación administrativa expedida por órgano urbanístico actuante, en la que se harán constar en la forma exigida por la legislación hipotecaria las circunstancias relativas a las personas, los derechos y las fincas a que afecte el acuerdo —artículo 52—, precepto que se completa con el artículo 2.2 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, al señalar que, salvo los casos en que la legislación establezca otra cosa, los actos administrativos se inscribirán mediante certificación de la misma naturaleza que cumpla los siguientes requisitos: a) Que se expida, en ejemplar duplicado, por el secretario de la entidad u órgano actuante y con inserción literal del acuerdo adoptado; b) Que exprese que el acto ha puesto fin a la vía administrativa, salvo lo dispuesto en este Reglamento para acuerdos determinados, y c) Que se hagan

constar en ella, en la forma exigida por la legislación hipotecaria, las circunstancias relativas a las personas, los derechos y las fincas a los que afecte el acuerdo.

Es decir, es preciso que en la certificación administrativa, título formal, se contengan unas determinaciones sujetas a calificación registral: expresión del acto administrativo que fundamenta la imposición de condiciones o limitaciones y acuerdo específico de su constancia registral, las condiciones o determinaciones concretas cuya constancia registral se pretende, con expresa referencia a la norma legal o planeamiento que la justifica, específica constancia de la firmeza en vía administrativa del acto —Resolución de 12 de febrero de 2014—, descripción indubitada de la finca registral afectada y circunstancias personales del interesado.

Es cierto que el artículo 74 dispone que la nota marginal se tomará en virtud de instancia del titular de la finca a la que se acompañe certificación administrativa, más dicha previsión debe ser entendida conforme a la redacción actual de la Ley de suelo, la propia naturaleza administrativa del acto a inscribir y la doctrina de este Centro Directivo sobre la calificación registral de documentos administrativos.

Reiteradamente esta Dirección General ha afirmado (vid., por todas, Resoluciones de 27 de febrero de 2012 y 22 de junio de 2013) que no obstante la presunción de legalidad, ejecutividad y eficacia de que legalmente están investidos los actos administrativos, el artículo 99 del Reglamento Hipotecario faculta al registrador para calificar, respecto de los documentos administrativos, entre otros extremos, la competencia del órgano, la congruencia de la resolución con el procedimiento seguido, los trámites e incidencias esenciales de este, así como la relación del mismo con el título registral y a los obstáculos que surjan con el Registro. En consecuencia, tratándose de documentos administrativos, uno de los extremos que está sujeto a la calificación registral es precisamente si los trámites del procedimiento están debidamente relacionados con el titular registral o lo que es lo mismo si el titular registral ha tenido en el procedimiento la posición jurídica contemplada por el ordenamiento (cfr. art. 99 del Reglamento Hipotecario).

Como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo, es principio básico de nuestro sistema registral el de 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 de la Ley Hipotecaria), alternativa esta última que no hace sino desenvolver en el ámbito registral el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de los derechos e interdicción de la indefensión (cfr. arts. 24 y 105 de la Constitución Española) y el propio principio registral de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. art. 1 de la Ley Hipotecaria). Este principio deriva de la legitimación registral pues si conforme al artículo 38 de la Ley Hipotecaria la inscripción implica una presunción «iuris tantum» de exactitud de los pronunciamientos del Registro a todos los efectos legales en beneficio del titular registral, el efecto subsiguiente es el cierre del Registro a los títulos otorgados en procedimientos seguidos con persona distinta de dicho titular o con persona en la que no se agota la titularidad registral.

Por este motivo para tomar razón en el Registro de la Propiedad de condiciones de licencias o de licencias en precario el ordenamiento exige que conste instancia del titular registral o que resulte que el procedimiento ha contado con su audiencia (arts. 74 y 76 del Real Decreto 1093/1997).

Como ha quedado expuesto, por tanto, nuestro Derecho vigente prevé expresamente el acceso registral de actos, condiciones o limitaciones administrativas formalizados en certificación de tal naturaleza, en la que consten en la forma exigida por la legislación hipotecaria las circunstancias relativas a las personas,

los derechos y las fincas a que afecte el acuerdo. En el caso de determinaciones declaradas por actos administrativos, será precisa además una serie de precisiones, como la referencia al acto, su firmeza, especificación de las condiciones, acuerdo específico de su constancia registral y expresa referencia a la norma legal o reglamentaria en ella que se fundan, de acuerdo a su naturaleza declarativa y reglada —cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2008—.

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.

No debe rechazarse tampoco, a estos efectos, la vía administrativa directa, por algunos de los medios que nuestro ordenamiento permite a la Administración, como la ejecución del acto en ejercicio de sus facultades de autotutela declarativa y ejecutiva, siempre que concurran sus presupuestos, se funde en una previa resolución administrativa y se garantice los derechos del interesado en el procedimiento, mediante el oportuno requerimiento y trámite de audiencia —sobre la improcedencia de la facultad de autotutela propia de la Administración pública, pues en el ámbito de la transmisión contractual de bienes cuando actúa como un sujeto de Derecho privado (cfr. Resoluciones de 22 de febrero de 2007 y 26 de marzo de 2008)—.Vía procedimental que si bien, no se contempla específicamente en el artículo 74 del Real Decreto 1093/1997 para la constancia registral de condiciones de licencias o autorizaciones, sí está contemplada en el artículo 76, relativa a licencias en precario y su contenido —en relación con el artículo 8.3.d) de la Ley de Suelo—.

La propia normativa autonómica es coherente con este planteamiento como el caso del artículo 204 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña, en relación a la colaboración del Registro de la Propiedad en la eficacia de los actos administrativos en materia urbanística, o el artículo 28 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

De esta forma se facilita el cumplimiento de determinaciones urbanísticas declaradas en forma de acto administrativo por el procedimiento legalmente establecido y que gozan de respaldo legal expreso, pues ha de insistirse en su carácter reglado, estricta aplicación de norma legal y reglamentaria.

Respecto al régimen derivado del artículo 28.4 de la vigente Ley de Suelo, la inteligencia del precepto, cuya singularidad, como señala la doctrina —cfr. Resolución de 30 de junio de 2016— es ciertamente destacable, al imponer a la entidad local un deber legal de actuación en el marco de una norma sobre procedimiento registral, debe encontrarse en la necesaria colaboración bidireccional que debe existir entre la autoridad con competencias en urbanismo y la institución registral, en aras de una labor más eficaz en sede de disciplina urbanística, pero también, y al mismo tiempo, en una más completa publicidad de los condicionantes jurídicos de los inmuebles, con interés para terceros, adquirentes o acreedores.

Mas dicho precepto se limita a imponer a la Administración municipal el deber de dictar «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», sin concretar el tipo de procedimiento o acto administrativo que debe dictar y remitir al registrador.

6. 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.

7. 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 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.

Y todo ello ha de analizarse a la luz de la normativa urbanística autonómica competente, que en este caso es la de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Pues bien, en dicha comunidad autónoma rige el 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.

(...) De todo lo anterior se desprende que cuando el ayuntamiento declara que la edificación inscrita «no cuenta con licencia de obras y tiene la consideración de actuación clandestina» está constatando un hecho objetivo (que no cuenta con licencia de obras) y una consecuencia o calificación jurídica que por ley se deriva de manera directa e inmediata del hecho previo, como es que legalmente tiene la consideración legalmente tipificada como «actuación clandestina».

Para la constatación de este hecho y de esta consecuencia, no es preciso tramitar ningún expediente de disciplina urbanística, sino que basta consultar los antecedentes municipales y certificar de ellos, notificando tales extremos al titular registral, como así se ha hecho.

Pero la resolución municipal no se limita a declarar que la edificación tiene la consideración de clandestina, sino que añade, y solicita que se haga constar por nota marginal, su concreta situación urbanística con la delimitación y limitaciones contempladas en el artículo 182.4 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 (de Castilla-La Mancha) para las edificaciones sujetas al régimen de fuera de ordenación.

Y como hemos visto, de esa expresa remisión al citado artículo 182.4, transcrito más arriba, lo que se deduce con toda claridad es que el Ayuntamiento

reconoce y declara el hecho de que ya han transcurrido más de cuatro años desde la terminación de la edificación y que por ello la Administración no podrá ordenar la demolición de la misma, pero que «no obstante, dichas edificaciones quedarán sujetas al régimen de fuera de ordenación y cualquier operación que implique aumento de volumen o consolidación requerirá la previa aprobación de un proyecto de legalización».

(...) En consecuencia, debe considerarse que la resolución municipal calificada sí puede acceder al Registro de la Propiedad por la vía del artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo y provocar la nota marginal en él prevista porque cumple los requerimientos de concreción mínima que exige dicho artículo, ya que sí que expresa «la concreta situación urbanística de la misma, con la delimitación de su contenido e indicación expresa de las limitaciones que imponga al propietario».

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del registrador».

III. COMENTARIOS

1. El artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo de 2015

La Resolución de 17 de junio de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, cuyo contenido esencial se acaba de exponer, se ocupa de los requisitos para la práctica de la nota marginal expresiva de la concreta situación urbanística de las declaraciones de obra nueva previamente inscritas por el procedimiento especialmente previsto para las declaraciones de las comúnmente conocidas como obras antiguas.

La norma estatal directamente aplicable al supuesto contemplado es el apartado 4 del artículo 28 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, el cual, tras recoger en los apartados precedentes las normas generales de inscripción de las declaraciones de obra nueva, establece la siguiente regla especial:

«No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en el caso de construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes, la constancia registral de la terminación de la obra se regirá por el siguiente procedimiento:

a) Se inscribirán en el Registro de la Propiedad las escrituras de declaración de obra nueva que se acompañen de certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en las que conste la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título. A tales efectos, el Registrador comprobará la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca objeto de la construcción, edificación e instalación de que se trate y que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general.

b) Los Registradores de la Propiedad darán cuenta al Ayuntamiento respectivo de las inscripciones realizadas en los supuestos comprendidos en los números

anteriores, y harán constar en la inscripción, en la nota de despacho, y en la publicidad formal que expidan, la práctica de dicha notificación.

c) Cuando la obra nueva hubiere sido inscrita sin certificación expedida por el correspondiente Ayuntamiento, este, una vez recibida la información a que se refiere la letra anterior, estará obligado a dictar 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.

La omisión de la resolución por la que se acuerde la práctica de la referida nota marginal dará lugar a la responsabilidad de la Administración competente en el caso de que se produzcan perjuicios económicos al adquirente de buena fe de la finca afectada por el expediente. En tal caso, la citada Administración deberá indemnizar al adquirente de buena fe los daños y perjuicios causados».

2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

La regulación actual de la nota marginal de la que tratamos, contenida en el transcrito artículo 28.4.c) del vigente texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, es fruto de una evolución normativa cuyos hitos fundamentales pueden resumirse como sigue.

A) El artículo 54 del Real Decreto 1093/1997

El antecedente remoto de la norma que contemplamos lo encontramos 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, cuyo artículo 54 establece lo siguiente para el caso de inscripción de las declaraciones de obra antigua:

«Los Registradores de la Propiedad darán cuenta al Ayuntamiento respectivo de las inscripciones realizadas en los supuestos comprendidos en los artículos 48.2 y 52, párrafo a), inciso segundo, y harán constar en la inscripción y en la nota de despacho la práctica de dicha notificación».

Ni el Real Decreto ni las diversas leyes estatales sobre suelo desenvolvieron las implicaciones de esta previsión reglamentaria, la cual fue reproducida, ahora con rango legal, por el artículo 20.4 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo en su redacción dada por el Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio.

B) Las sucesivas Leyes estatales del Suelo

El citado artículo 20.4 del texto refundido de 2008, tras regular los requisitos para la inscripción de las declaraciones de obra antigua, añadía en su apartado c) lo siguiente:

«Los registradores de la propiedad darán cuenta al Ayuntamiento respectivo de las inscripciones realizadas en los supuestos comprendidos en los números anteriores, y harán constar en la inscripción y en la nota de despacho la práctica de dicha notificación».

Al mismo tiempo, el Real Decreto-Ley 8/2011 introducía en el propio artículo 20.4 del texto refundido una norma novedosa e ilustrativa del camino iniciado por el legislador estatal con el fin de lograr la progresiva coordinación entre el Registro y la ordenación urbanística, de la que se hace eco la Resolución que comentamos. Esta norma, recogida en el apartado b) de dicho artículo, establecía lo siguiente:

«El asiento de inscripción dejará constancia de la situación de fuera de ordenación en la que queda todo o parte de la construcción, edificación e instalación, de conformidad con el ordenamiento urbanístico aplicable. A tales efectos, será preciso aportar el acto administrativo mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación, con la delimitación de su contenido».

Como se observa, el Real Decreto-Ley 8/2011 parece confundir las obras antiguas con los edificios en situación de fuera de ordenación, conceptos conexos pero no equiparables entre sí. Así lo revela su preámbulo cuando afirma que «se permite el acceso al Registro de la Propiedad de los edificios fuera de ordenación, esto es, aquellos respecto de los cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes. De esta manera, se consigue la protección de sus propietarios, en muchos casos terceros adquirentes de buena fe, sin que ello signifique desconocer su carácter de fuera de ordenación y las limitaciones que ello implica». Igualmente se evidencia esta confusión en la propia letra b) del mismo artículo 20.4 al imponer la constancia registral de aquella situación en relación con la inscripción de las obras antiguas, como hemos visto.

A nuestro juicio no debe caerse en esa confusión toda vez que el concepto de edificio fuera de ordenación no abarca todos los supuestos llamados a ser regulados por la norma al resultar aplicable a edificios que no necesariamente se encuentren en esta situación. El concepto de edificio fuera de ordenación no es uniforme en las distintas comunidades autónomas: algunas utilizan una acepción amplia del mismo al considerar que esta situación se produce en cualquier caso en que la edificación se haya verificado sin licencia (se ajuste o no lo construido al planeamiento), en tanto que en otras comunidades se emplea una fórmula más limitada al exigir expresamente que se trate de edificaciones disconformes con el planeamiento.

La Resolución de la Dirección General de 17 de enero de 2012 detectó con claridad el contraste existente entre ambos conceptos, al señalar que «parece con ello el legislador partir de la consideración de que la totalidad de las edificaciones cuya obra se declara sobre la base de su antigüedad se hallan total o parcialmente fuera de ordenación. Pero lo cierto es que no todas las declaraciones de obras antiguas se corresponden con edificaciones en situación de fuera de ordenación, pues no cabe duda, y de hecho ocurre con frecuencia, que sobre la base de su consolidación por antigüedad se declaran obras de edificaciones que están dentro de ordenación y en cuya inscripción, por tanto, no puede hacerse constar, no obstante el mandato legal, situación alguna de fuera de ordenación».

Por ello en alguna otra ocasión hemos aplaudido la supresión por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas de la exigencia de acreditar y constatar registralmente la situación de fuera de ordenación que exigía la letra b) del artículo 20.4 TRLS respecto de todas las obras antiguas.

La citada Ley 8/2013 también mantuvo la notificación por los registradores al Ayuntamiento respectivo de la inscripción de la obra antigua, que pasó a la

letra b) del artículo 20.4, regulando en su letra c) la obligación de la Corporación de solicitar la práctica de la nota marginal expresiva de la concreta situación urbanística del edificio, con la delimitación de su contenido e indicación expresa de las limitaciones que imponga al propietario.

La regulación contenida en la última redacción del artículo 20.4 del texto refundido de la Ley de Suelo pasó inalterada al actual artículo 28.4 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el vigente texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

C) La Ley Hipotecaria

La Ley Hipotecaria fue reformada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, que continuó avanzando en la incipiente senda de la coordinación entre el Urbanismo y el Registro, destacando entre sus normas la introducida en el artículo 9 de la primera al incluir entre las circunstancias de las inscripciones la siguiente: «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».

3. EL SUPUESTO DE HECHO DE LA NORMA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 28.4.C) DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE SUELO Y REHABILITACIÓN URBANA

Como vimos, el artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015 permite con carácter excepcional la inscripción de las obras terminadas sin el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos pero respecto de las cuales ya no procede adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición por haber expirado los plazos establecidos a tal fin por la legislación autonómica competente, siempre que se acredite el transcurso de los mismos por alguno de los cuatro medios que en dicho precepto se citan. Tales medios son: la certificación expedida por el Ayuntamiento, la suscrita por técnico competente, el acta notarial descriptiva de la finca y la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en las que habrá de constar además la descripción de la obra en términos coincidentes con el título.

La norma de cierre es la relativa al reflejo registral, mediante nota marginal, de la situación urbanística de la edificación así inscrita en los términos del primer párrafo del artículo 28.4.c), según el cual: «Cuando la obra nueva hubiere sido inscrita sin certificación expedida por el correspondiente Ayuntamiento, este, una vez recibida la información a que se refiere la letra anterior, estará obligado a dictar 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».

Como se observa, el supuesto de hecho de esta norma entronca con los medios de acreditación de la antigüedad de la obra enumerados en la letra a): «certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca».

Pues bien, la letra c) parece limitar su ámbito de aplicación a los casos en que la antigüedad de la obra se haya acreditado por cualquiera de los tres últimos

medios indicados, exonerando aparentemente al Ayuntamiento de la solicitud de la nota marginal en el caso de que tal acreditación se haya realizado mediante certificación municipal. No alcanzamos a entender el porqué de esta exclusión, ya que el contenido propio de esta última certificación, como el de las otras tres, es justificar el transcurso de los plazos legalmente previstos para «adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición». Por tanto, si bien es posible que la propia certificación municipal recoja «la concreta situación urbanística» de la obra nueva, en cuyo caso parece que habría de dejarse constancia de tal situación en el cuerpo de la propia inscripción, se está descartando, creemos que muy a la ligera, la posibilidad de que dicha certificación no haga referencia a esa situación y se limite a determinar la fecha de la terminación.

Respecto de los medios de acreditación de la antigüedad de la obra, la Resolución de 16 de diciembre de 2013 señala que «Es claro que las formas de acreditar la antigüedad de la obra construida —certificación del Catastro, certificación del Ayuntamiento, certificación técnica y acta notarial— constituyen una lista cerrada conforme se deduce de reiterada doctrina de este Centro Directivo». Sin embargo, algún autor ha matizado que la enumeración debe ser completada: según GARCÍA GARCÍA, «dada la excepcionalidad del supuesto, hay que interpretar que se trata de documentos de lista cerrada o numerus clausus, sin que sea admisible otro, salvo el que resultara de sentencia firme de los Tribunales, que constituye una prueba de superior rango a estos efectos»[1].

También en relación con estos medios de prueba, la Resolución de 17 de enero de 2012 aclara que «no hay mención en la norma citada sobre la existencia de una jerarquía entre estas formas de acreditar antigüedad y descripción coincidente con el título. Así pues, como ha dicho este Centro Directivo (Resolución de 10 de noviembre de 2011) ante el silencio de la Ley, deben entenderse todas en el mismo orden de categoría sin que deban prevalecer unas sobre otras y basta una de ellas en la que concurran los requisitos para que proceda la inscripción de la construcción».

4. REQUISITOS PARA LA PRÁCTICA DE LA NOTA MARGINAL

En cuanto a los requisitos formales de la solicitud para la práctica de la nota marginal, el artículo 28.4.c) del texto refundido de la Ley de Suelo de 2015 exige que por el Ayuntamiento se dicte la correspondiente resolución administrativa que exprese la concreta situación urbanística de la misma, con la delimitación de su contenido e indicación expresa de las limitaciones que imponga al propietario. Por lo tanto, el título formal será la certificación administrativa en la que conste dicha resolución.

La certificación habrá de cumplir, con las debidas adaptaciones, los requisitos generales establecidos en el Real Decreto 1093/1997 para tales documentos y, en particular, conforme a los artículos 2.2 y 74, habrá de expedirse por duplicado por el secretario de la entidad u órgano actuante y con inserción literal del acuerdo adoptado, expresando que el mismo pone fin a la vía administrativa, reflejando, en la forma exigida por la legislación hipotecaria, las circunstancias relativas a las personas, los derechos y las fincas a los que afecte el acuerdo, y especificando que la nota no producirá otro efecto que el previsto en el artículo 73, al que nos referiremos después.

En cuanto a la calificación registral, la Dirección General[2] ha reiterado que no obstante la presunción de legalidad, ejecutividad y eficacia de que legalmente

están investidos los actos administrativos, el artículo 99 del Reglamento Hipotecario faculta al registrador para calificar, respecto de los documentos de esta naturaleza, entre otros extremos, la competencia del órgano, la congruencia de la resolución con el procedimiento seguido, los trámites e incidencias esenciales de este, así como la relación del mismo con el título registral y a los obstáculos que surjan del Registro. En consecuencia, tratándose de documentos administrativos, uno de los extremos que están sujetos a la calificación registral es precisamente si los trámites del procedimiento están debidamente relacionados con el titular registral o, lo que es lo mismo, si el titular registral ha tenido en el procedimiento la posición jurídica contemplada por el ordenamiento.

En relación con el procedimiento administrativo a seguir para la práctica de la nota, la Resolución de 17 de junio de 2020 señala que «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».

Igualmente señala la misma Resolución que para la constatación de este hecho y de esta consecuencia, no es preciso tramitar ningún expediente de disciplina urbanística, sino que basta consultar los antecedentes municipales y certificar de ellos, notificando tales extremos al titular registral.

Finalmente, y respecto del contenido esencial de la certificación, la Dirección General es flexible a la hora de considerar cumplido el requisito de la expresión de la concreta situación urbanística de la finca, con la delimitación de su contenido e indicación expresa de las limitaciones que imponga al propietario, admitiendo a tal fin la afirmación de que «la edificación no cuenta con licencia de obras y tiene la consideración de actuación clandestina» (Resolución de 8 de agoto de 2019) o la de que «la obra no consta de licencia, es una actuación clandestina y no cumple la normativa urbanística en cuanto retranqueo a linderos» (Resolución de 17 de junio de 2020).

5. DURACIÓN Y EFECTOS DE LA NOTA MARGINAL Y CONSECUENCIAS DE SU FALTA

La duración de la nota marginal expresiva de la situación urbanística y limitaciones de la edificación inscrita se rigen por la norma general contenida en el artículo 73 del Real Decreto 1093/1997, según el cual su vigencia será indefinida.

El mismo precepto se refiere también a los efectos de la nota en estos términos: «Tales notas no surtirán otro efecto que el de dar a conocer a quien consulte el contenido del Registro de la Propiedad, la situación urbanística de la finca en el momento a que se refiera el título que las origine, salvo los casos en que la legislación aplicable prevea un efecto distinto».

Por lo tanto, se trata de una nota marginal de pura noticia, prevista con la finalidad de proteger a los eventuales terceros adquirentes de la finca.

A este respecto debe destacarse la norma contenida en el último párrafo del artículo 28.4.c) del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, según el cual «La omisión de la resolución por la que se acuerde la práctica de la referida nota marginal dará lugar a la responsabilidad de la Administración competente en el caso de que se produzcan perjuicios económicos al adquirente de buena fe de la finca afectada por el expediente. En tal caso, la citada Administración deberá indemnizar al adquirente de buena fe los daños y perjuicios causados».

Con esta regla se refuerza así la protección del tercer adquirente que ya procuraba la norma contenida en el artículo 27 del texto refundido, el cual exige que el transmitente de terrenos haga constar en la enajenación la existencia en ellos de edificaciones fuera de ordenación, facultando en otro caso al adquirente su apartado 3 «para rescindir el contrato en el plazo de cuatro años y exigir la indemnización que proceda conforme a la legislación civil».

De este modo, a la responsabilidad del transmitente prevista en el artículo 27, se añade por el artículo 20.4 c) la responsabilidad del Ayuntamiento. Sin embargo, el régimen jurídico de una y otra responsabilidad es diferente: la del transmitente se rige por la legislación civil, con sujeción al expresado plazo de cuatro años, en tanto que la responsabilidad municipal entendemos que se halla sometida a las normas del derecho administrativo, siendo aplicable el plazo de un año propio de la acción de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas.

NOTAS

[1] GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo V, Ed. Civitas, pág. 505.

[2] Por ejemplo, en las Resoluciones de 27 de febrero de 2012 y 22 de junio de 2013.

4. DERECHO BANCARIO

El procedimiento catastral de subsanación de discrepancias a la luz de las últimas respuestas de los tribunales colegiados nacionales

The cadastral procedure to remedy the discrepancies in the light of the latest responses from the spanish collegiate courts

por

MARÍA LUISA DOMÍNGUEZ BARRAGÁN

Prof. Dra. de Derecho Procesal. Universidad de Sevilla

RESUMEN: El desconocimiento de la institución catastral es una realidad en la sociedad española, por lo que se hace necesario determinar sus procedimientos específicos para mostrarlos a los operadores jurídicos. ¿Cuáles son los problemas clave que presenta actualmente el procedimiento de subsanación de discrepancias y que hacen llegar un procedimiento administrativo tan específico a los tribunales nacionales? ¿En qué posición se encuentra el interesado? ¿Por qué vuelve a tener tanta importancia este procedimiento? En este trabajo se analizaran los casos más recientes relativos al procedimiento de subsanación de discrepancias, atendiendo a los problemas que se plantean ante los tribunales colegiados nacionales.

ABSTRACT: The lack of knowledge of the cadastral institution is a reality in Spanish society, so it is necessary to determine its specific procedures to show them to legal operators. What are the key problems currently presented in the procedure of discrepancies rectification and which provide such a especific administrative procedure to the national courts? What position is the data subject in? Why is this procedure so important again? This paper will discuss the most recent cases corcening the procedure of discrepancies rectification taking into aaccount the problems that arise in the national collegiate courts.

PALABRAS CLAVE: Catastro inmobiliario. Subsanación de discrepancias. Jurisprudencia. Procedimiento administrativo catastral. Rectificación de errores.

KEY WORDS: Real estate cadastre. Rectification of discrepancies. Jurisprudence. Cadastral administrative procedure. Error rectification.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PROCEDIMIENTO DE SUBSANACIÓN DE DISCREPANCIAS EN EL TRLCI: 1. NOTAS GENERALES. 2. CUESTIONES PROCEDIMENTALES.—III. LA RESPUESTA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES A

LAS CUESTIONES QUE PLANTEA EL PROCEDIMIENTO DE SUBSANACIÓN DE DISCREPANCIAS: 1. Palabras previas. 2. El procedimiento en los tribunales: *A) La subsanación de discrepancias ante el Tribunal Supremo. B) Principales problemas planteados ante la Audiencia Nacional. C) La subsanación de discrepancias ante los Tribunales Superiores de Justicia.*—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Si bien es cierto que cada vez más el ciudadano es consciente de la repercusión del sistema catastral en su esfera personal, sigue existiendo una alta tasa de desconocimiento social en lo que a esta institución se refiere. Además, el análisis que reciben los procedimientos que surgen del seno de la propia Ley del Catastro como Administración Pública desde la visión de la doctrina administrativa y procesal es realmente escaso. Se trata de un área muy específica que suele quedar como materia residual frente al tratamiento doctrinal que reciben los procedimientos generales y aquellos provenientes de otras Administraciones. Sin embargo, últimamente, la atención que ha recibido la institución se ha disparado, principalmente por el impacto nacional tanto del Plan de Regularización Catastral, como de la comparación de valores catastrales a la hora de establecer la base imponible para el impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU), también conocido como plusvalía municipal. La actualización y puesta al día del Catastro es, por tanto, un elemento básico para su efectividad, buscando que la descripción catastral de los inmuebles concuerde con la realidad.

Para intentar paliar esta situación, este trabajo se centra en el análisis desde la visión jurisprudencial más reciente de uno de los procedimientos específicos de incorporación catastral que permite su actualización, esto es, una herramienta para simplificar la gestión catastral (RUIZ GONZÁLEZ, 2012, *online*), junto a las declaraciones, comunicaciones y solicitudes, la inspección catastral y la valoración. El artículo 11 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario (en adelante, TRLCI), establece que la incorporación de los bienes inmuebles así como de las alteraciones de sus características es obligatoria, y puede realizarse a través de distintos procedimientos. Uno de ellos, como indicaba la Circular 05.03/2006, de 27 de abril de la Dirección General del Catastro (ya derogada) «*permite la actualización permanente del Catastro como instrumento al servicio de los particulares y de las distintas Administraciones públicas*». Como puede pensarse, nos estamos refiriendo al procedimiento de subsanación de discrepancias regulado en el artículo 18 del TRLCI, titulado «procedimientos de subsanación de discrepancias y de rectificación». Así, se analizará su desarrollo, poniendo el foco en las respuestas más recientes a los problemas que, relacionados con el mismo, han manifestado nuestros tribunales colegiados.

II. EL PROCEDIMIENTO DE SUBSANACIÓN DE DISCREPANCIAS EN EL TRLCI

1. Notas generales

Desde la promulgación del TRLCI, el artículo 18 ha sufrido diversas modificaciones. En la actualidad, se configura como un procedimiento administrativo

catastral de carácter autónomo que se inicia cuando la Administración es consciente por cualquier medio: *de la falta de concordancia entre la descripción catastral de los bienes inmuebles y la realidad inmobiliaria,* siempre que no se derive del incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 13 y 14 del texto normativo, esto es, de la obligación de declarar o comunicar la modificación de la descripción catastral inmobiliaria. Como recuerda la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, de 17 de mayo de 2018, se trata de un procedimiento que se iniciará siempre de oficio (fundamento de derecho tercero)[1]:

«(…) Al acordar la improcedencia del inicio del procedimiento de subsanación de discrepancias la Gerencia Regional del Catastro no hizo sino ejercitar una potestad de su titularidad, no susceptible de impugnación, pues el artículo 18 del RDLeg. 1/2004 (TR Ley Catastro Inmobiliario) no otorga acción ni facultad a los particulares para iniciarlo ni tampoco supone una segunda oportunidad impugnatoria, fuera de plazo, de los actos firmes. El inicio del procedimiento de subsanación de discrepancias depende en exclusiva de la decisión interna de la Administración y, en consecuencia, lo que procedía era inadmitir el escrito calificado como recurso de reposición por lo que debe confirmarse la resolución de inadmisión impugnada».

A nivel general, lo más destacable que recoge este artículo 18 es la conexión del Catastro con otros operadores, principalmente con el notario, estableciéndose a partir de su actuación, otro sistema para solventar los errores catastrales relativos a la configuración o superficie de la parcela. Es evidente que lo se pretende lograr es la homogeneización de los datos entre el Catastro, el Registro de la Propiedad y el tráfico privado. De hecho, la Circular 03.03/2016, de 20 de mayo de la Dirección General del Catastro, sobre los procedimientos de subsanación de discrepancias y de rectificación, ya recoge que la finalidad esencial del procedimiento es brindar un mecanismo que permita la corrección de las discrepancias existentes entre el Catastro y la realidad inmobiliaria cuando no sea necesario acudir a los procedimientos especiales de revisión regulados en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT), ni tampoco al procedimiento de inspección por incumplimiento del deber de declarar o comunicar. Igualmente, ha de destacarse la unión que pretende este artículo entre el Registro de la Propiedad y el propio Catastro. De hecho, en su punto tercero nos indica que: «*la Dirección General del Catastro podrá rectificar de oficio la información contenida en la base de datos catastral cuando la rectificación se derive de uno de los procedimientos de coordinación con el Registro de la Propiedad a los que se refiere el artículo 10 de la Ley Hipotecaria, en los que se hayan utilizado otros medios distintos de la cartografía catastral para la descripción gráfica de las fincas*», estableciendo un procedimiento muy similar al de subsanación de discrepancias notarial del que hablaremos más adelante.

2. Cuestiones procedimentales

Una de las notas características del procedimiento es la efectividad de la resolución, que se producirá al día siguiente de la fecha en que se acuerde, estableciéndose además el plazo para la resolución expresa, que será de seis meses desde la notificación del acuerdo de iniciación a los interesados. Para este procedimiento no se contempla el silencio administrativo positivo, pues el vencimiento de estos seis meses provoca la caducidad del expediente y el archivo de todas las actuaciones.

Otra de sus peculiaridades radica en la modificación del íter procedimental, que se abrevia cuando no existen terceros afectados. En este caso, el procedimiento se inicia directamente con la notificación de la propuesta de resolución, que abre plazo de alegaciones de 15 días (al igual que en el procedimiento que podemos llamar general). Si no se presentan las mismas, la propuesta de resolución deviene definitiva, cerrando las actuaciones y decretando el archivo del expediente. Llama la atención como cambia el momento de la efectividad de la resolución, pues aquí se produce a partir del día siguiente de finalización del plazo de los 15 días y no con una determinación expresa, como ocurre cuando existen terceros afectados por el procedimiento.

Por último, destacamos la configuración de todo el procedimiento que puede llevarse a cabo ante el notario, pues más que establecer el mecanismo para la resolución de discrepancias cuando no hay identidad entre la realidad y la descripción física, parece que lo que está es recogiendo un sistema que puede dar lugar (en un futuro próximo, si así lo entiende el Catastro) a un futuro procedimiento de subsanación de discrepancias de lo regulados en la primera parte del artículo. No obstante, otros autores entienden que nos encontramos ante un procedimiento catastral pero tramitado por el notario (PUYAL SANZ, 2016, 111). Si bien estamos de acuerdo con esta postura, consideramos que se trata de un procedimiento voluntario y siempre supeditado al Catastro. Además, la Circular 03.03/2016, de 20 de mayo, recuerda la limitación material de este procedimiento, pues como dijimos *ut supra*, solo podrán tramitarse mediante esta herramienta las discrepancias relativas a la configuración y superficie de las parcelas.

En relación a este procedimiento surgido a través de la figura del notario, puede afirmarse que se produce una conjunción del ámbito privado con el público, pero no puede utilizarse, en ningún caso, para modificar la titularidad o la propia constitución de la finca[2]. Como vemos, nos encontramos ante una de las formas más directas de concordar la realidad física del inmueble con su realidad catastral. Es decir, el procedimiento no se lleva a cabo, *a priori*, en sede catastral sino ante notario (la Circular 03.03/2016, de 20 de mayo habla de dos fases: notarial y catastral), quien ha de pedir a los otorgantes manifestación sobre si la descripción que contiene la certificación catastral es correspondiente a la realidad física del inmueble en el momento del otorgamiento del documento público. Si esta respuesta fuese negativa, el notario ha de exigir un documento que pruebe esta divergencia. Notificada la divergencia a los terceros afectados, estos disponen de 20 días para realizar alegaciones. En el caso de no existir oposición, el notario incorporará la nueva descripción del bien inmueble en el mismo documento público o en otro posterior autorizado al efecto[3]. El artículo 201.1 d) del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria recoge una norma de remisión que nos lleva directamente a este punto del artículo 18.2 c) párrafo segundo del TRLCI, en el sentido de que si se aportase por el interesado representación gráfica alternativa, el notario ha de informar a la Dirección General del Catastro sobre la rectificación realizada, por medios telemáticos, en el plazo máximo de cinco días desde la formalización del documento público. Si se valida la rectificación, se incorporará la alteración en la sede catastral. De hecho el TRLCI va más allá y dispone que cuando «*se aporte el plano representado sobre la cartografía catastral, la alteración se realizará en el plazo de cinco días desde su conocimiento por el Catastro, de modo que el notario pueda incorporar en el documento público la certificación catastral descriptiva y gráfica de los inmuebles afectados que refleje su nueva descripción*». Si se hubiese planteado oposición, el notario ha de in-

formar de su existencia a la Dirección General del Catastro para que incoe el procedimiento oportuno.

III. LA RESPUESTA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES A LAS CUESTIONES QUE PLANTEA EL PROCEDIMIENTO DE SUBSANACIÓN DE DISCREPANCIAS

1. Palabras previas

A pesar de ser un procedimiento administrativo que, *a priori*, no presenta especiales problemas, han sido varias las cuestiones que, en relación con él, se han planteado ante nuestros tribunales. La resolución del procedimiento administrativo de subsanación de discrepancias no pone fin a la vía administrativa, pues en un mes desde la notificación de la resolución puede interponerse tanto recurso de reposición como reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo competente, teniendo en cuenta también el valor catastral del inmueble. Por ello, obviamente, el recurso contencioso-administrativo no se dirige frente a la resolución que pone fin al procedimiento, sino contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo, que es la que agota la vía administrativa en estos casos.

2. El procedimiento en los tribunales

A) La subsanación de discrepancias ante el Tribunal Supremo

La primera pregunta que debemos hacernos es la referente a qué asuntos de materia de subsanación de discrepancias catastrales llegan a la última instancia de los tribunales nacionales[4]. Como puede pensarse, no son muchos los casos planteados, por lo que las resoluciones halladas responden a un patrón común.

Nos encontramos ante Autos que admiten recursos de casación contencioso-administrativos, conforme a lo dispuesto en la nueva regulación de este recurso establecida a partir de la disposición final tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. A nivel procesal se cumplen todos los presupuestos. Se trata de sentencias recurribles en casación, que presentan un interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia y donde se plantean cuestiones puramente jurídicas.

Lo que más interesa a nuestro estudio es el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia que, en casi la totalidad de los casos planteados ante el Alto Tribunal, se traduce en dilucidar los efectos de la resolución del procedimiento de subsanación de discrepancias catastrales. En nuestra opinión, el texto legal es claro: la eficacia de las resoluciones derivadas de procedimiento de subsanación de discrepancias no puede ser retroactiva. Cuestión distinta es *de lege ferenda*, la motivación de esta afirmación o, la posibilidad, en su caso, de utilizar otro procedimiento que sí permita la eficacia retroactiva de los efectos, como es el procedimiento de rectificación. Puede comprobarse que se trata de una cuestión de total actualidad, ya que afecta directamente a la liquidación de dos de los impuestos más controvertidos estos últimos años: el conocido como

«IBI» (Impuesto sobre bienes inmuebles) y la plusvalía municipal, de la que ya hablamos anteriormente, a lo que se añade (ya en el ámbito tributario), la posibilidad de la devolución de ingresos ante unas liquidaciones que ya son firmes.

Veamos un ejemplo. El auto del Tribunal Supremo 8993/2019, de 12 de septiembre[5], admite un recurso de casación considerando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en:

«(…) Determinar si, en interpretación de los artículos 221, 222, 223 y 224.1 de la Ley General Tributaria, en relación con los artículos 4 y 18 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario y con los artículos 75 y 107.2 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, es procedente la devolución como indebidos de ingresos por el importe de unas liquidaciones giradas por el Impuesto sobre Bienes Inmuebles y por el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana firmes y consentidas como consecuencia de una resolución del Catastro Inmobiliario dictada en el seno de un procedimiento de subsanación de discrepancias y que no consta impugnada, otorgándole a esta, por tanto, pretendidos efectos retroactivos».

Además, la parte recurrente recoge la importancia de la respuesta del Tribunal Supremo en este supuesto porque, aparte de no existir jurisprudencia en este sentido, pone de manifiesto «*la gran afectación en todos los municipios de España que se verían obligados a anular liquidaciones firmes y consentidas de tributos municipales, y devolver los ingresos abonados indebidamente, en base a resoluciones del Catastro de procedimientos de subsanación de discrepancias aunque estas tengan efectos irretroactivos*». Cuestión sumamente importante si traemos a colación la posibilidad que plantea el artículo 110 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA) de extender los efectos de las sentencias que reconozcan situaciones jurídicas individualizadas en materia tributaria. En el caso de que el Tribunal Supremo establezca jurisprudencia en el sentido de considerar la devolución de los ingresos indebidos, entendemos que esa sentencia podría ser susceptible de extensión de efectos. Igualmente, nos recuerda que no se trata de un caso aislado, si se tienen en cuenta los procedimientos de subsanación de discrepancias catastrales resueltos anualmente y que se trata de un problema generalizado, como es el de «*interpretar que la adecuación de la superficie de una finca en el Catastro mediante este procedimiento se trata de una simple rectificación de datos erróneos, por lo que de adoptar la Administración local (la cual, recordemos, es autónoma e independiente […] a la gestión censal —también en [re]lación a las respectivas impugnaciones—, no pudiéndosele imputar a quién realiza la liquidación vicios que, solo son imputables a la Administración estatal) dicho criterio, estaría invadiendo claramente competencias estatales*».

Encontramos dos aspectos que se interrelacionan pero que, en realidad, responden a esferas distintas. Por un lado, la discusión sobre la efectividad del procedimiento de subsanación de discrepancias y, por otro, su conexión como determinación de las bases imponibles de impuestos cuyas liquidaciones no fueron impugnadas en su momento, quedando firmes y consentidas[6], a lo que hay que sumar el posible error catastral que, de ser veraz, debía haber conllevado una rectificación de errores[7] y no un procedimiento de subsanación de discrepancias. Como indica la Circular 03.03/2016, de 20 de mayo, sobre tramitación del procedimiento de subsanación de discrepancias (a la que ya hemos aludido), la jurisprudencia ha mantenido tradicionalmente una doctrina muy restrictiva en

lo referente a la calificación de error de hecho, exigiendo que este sea ostensible, manifiesto e indiscutible, sin necesidad de mayores razonamientos, con lo que ha restringido, por tanto, el uso del procedimiento de rectificación de errores, dando prevalencia al procedimiento de subsanación de discrepancias. Además, nos recuerda que las discrepancias con la realidad únicamente pueden derivar de los datos o características propias de los bienes inmuebles, pero nunca de los datos contenidos en las ponencias de valores o en los cuadros de tipos de evaluación, no siendo posible subsanar estos datos a través de este procedimiento.

De hecho, esta es la cuestión que se plantea en el Auto del Tribunal Supremo 337/2018, de 15 de enero, de admisión de un recurso de casación donde se enfrentan las distintas naturalezas del procedimiento de subsanación de discrepancias y el procedimiento de rectificación de errores regulado en el artículo 220 de la LGT. Sin embargo, llama la atención la oposición de la Abogacía del Estado a la presentación de dicho recurso de casación (a pesar de la importancia y extensión del asunto que ya hemos comentado), pues entiende, entre otros motivos, «*que la cuestión litigiosa versa sobre la consideración del caso examinado como un supuesto de rectificación de errores del artículo 220 LGT o de subsanación de discrepancias del artículo 18.1 TRLCI, con las pertinentes consecuencias de alcance temporal de la resolución que se adopte, por lo que estamos ante una cuestión casuística y singular carente de una dimensión hermenéutica que permita apreciar su proyección o repercusión, al menos potencial, sobre otros posibles asuntos, careciendo, por tanto, de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia*». La única respuesta posible a la oposición de la Abogacía del Estado pasa por entender que si se acepta la tesis planteada, las arcas de las distintas Administraciones públicas pueden verse afectadas de un modo especialmente significativo, pues no compartimos, en ningún caso, la teoría de que la diversificación subsanación de discrepancias/rectificación de errores sean casos aislados, como pretende sostener la Abogacía del Estado. Por tanto, en este auto la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la de determinar si «*la exégesis del artículo 18 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, permite entender que debe tener efectos retroactivos la resolución del procedimiento de subsanación de discrepancias que dicho precepto regula —aunque se inicie de oficio y se prevea literalmente la efectividad de esa resolución al día siguiente de que se acuerde—, si altera la descripción catastral del inmueble determinando una minoración de su valor catastral y la Administración ha tenido conocimiento de la falta de concordancia existente entre la descripción catastral del bien y la realidad inmobiliaria —no debida al incumplimiento de las obligaciones de declarar o comunicar previstas en los artículos 13 y 14 de dicho texto refundido—, por habérselo puesto de manifiesto el propio interesado*».

Por último, es destacable el Auto del Tribunal Supremo 12162/2018, de 14 de noviembre, porque da un paso más en la determinación de la problemática y, además, posee un carácter negativo. A diferencia de otros autos del Supremo en esta materia, inadmite el recurso contencioso-administrativo al entender que no existe interés casacional objetivo que fundamente el mismo. En su fundamento jurídico tercero nos plantea las dos cuestiones objeto de estudio. En primer lugar, atiende a precisar si los procedimientos de subsanación de discrepancias y de rectificación resultan adecuados para instar la modificación de la calificación registral de los bienes inmuebles, recordando que existe un amplio cuerpo jurisprudencial sobre el alcance y extensión de los procedimientos tendentes a la modificación de la calificación catastral de estos bienes, así como respecto de

la improcedencia del empleo de los relativos a la subsanación de discrepancias y de rectificación con el objetivo de alcanzar ese fin, por lo que los considera estrictamente administrativo-catastrales y ve innecesario el pronunciamiento sobre este asunto. La segunda cuestión encierra un mayor interés en tanto que se esboza la posibilidad de considerar que la no extensión de efectos retroactivos a la disposición transitoria séptima TRLCI pudiera conculcar algún precepto constitucional aplicable en esta materia, que pudiera dar lugar al planteamiento, en su caso, de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. El Tribunal entiende que no es competencia suya realizar el juicio de relevancia constitucional en la fase actual y, además, considera que el fundamento que realiza la parte recurrente no cumple con los requisitos necesarios para plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, manifestándose en los siguientes términos (fundamento jurídico tercero): «*La parte recurrente se limita a manifestar su parecer, de forma apodíctica, en cuanto a que se vulneran los principios catastrales y constitucionales, sin justificar, de forma suficiente, cómo, de qué forma o en qué manera, la carencia de ese efecto retroactivo de la norma en cuestión supone una vulneración de nuestra Carta Magna, lo que no permite considerar, de forma clara e indubitada, que pudiera darse la infracción que se achaca la reiterada DT 7.ª TRLCI*».

B) Principales problemas planteados ante la Audiencia Nacional

La competencia de la Audiencia Nacional en estas materias viene otorgada por lo dispuesto en el artículo 11.1 d) de la LJCA. Al igual que en el apartado anterior, el problema trascendental que encontramos en los recursos planteados ante este órgano es el de la utilización de distintos procedimientos catastrales en función del objetivo perseguido. Es lo que sucede en el caso que resuelve la Sentencia de la Audiencia Nacional 4692/2019, de 10 de diciembre, donde el Ayuntamiento de Barcelona persigue la nulidad de todas las actuaciones posteriores (resoluciones del TEAC) al entender que se ha aplicado un procedimiento de subsanación de discrepancias cuando lo que se debía haber aplicado era el procedimiento de alteración de bienes inmuebles de naturaleza urbana, teniendo la elección importantes consecuencias en relación a la fecha de los efectos tanto catastrales como tributarios. La Audiencia Nacional estima el recurso siguiendo su propia doctrina ya establecida en la SAN 4681/2019, de 21 de noviembre:

«*En el presente caso, la concesionaria incumplió la obligación que le incumbía conforme al artículo 13.2 del TR de la Ley del Catastro cuando dispone que: "Los titulares de los derechos a que se refiere el artículo 9 están sujetos a la obligación de formalizar las declaraciones conducentes a la incorporación en el Catastro Inmobiliario de los inmuebles y de sus alteraciones". (…) En su lugar, fue la Autoridad Portuaria la que presentó la correspondiente declaración. Por otra parte, si la modificación consistió en la "actualización de las superficies objeto de concesión administrativa en los terrenos del puerto comercial de Barcelona, tras reagrupación de la zona en diez nuevas islas, haciendo constar las superficies de suelo objeto de concesión, las superficies construidas existentes en 2001, así como las modificaciones habidas en las titularidades concesionales" se trataba de una alteración de orden físico del inmueble y el procedimiento a seguir es el de alteración de bienes inmuebles de naturaleza urbana que fue iniciado mediante declaración efectuada por la Autoridad Portuaria al no haberlo hecho la concesionaria como le incumbía,*

conforme al artículo 13.2 del TR Ley del Catastro Inmobiliario. Por lo tanto, el Centro Gestor del Catastro deberá proceder en ejecución del acuerdo del TEAC de 9 de junio de 2016 a anular todos los actos posteriores que traigan su causa del dictado el 19 de agosto de 2004, reponiendo las actuaciones al estado previo a la tramitación del procedimiento previsto en el artículo 13 del TR de la Ley del Catastro Inmobiliario del que derivan los actos anulados con intervención del Ayuntamiento de Barcelona».

Como vemos, se trata de una cuestión que no ha sido pacífica para la doctrina hasta hace realmente poco tiempo, por lo que es de gran interés su análisis jurisprudencial. En la misma línea pero de forma más radical, se sitúa la SAN 3866/2018, de 18 de octubre, donde el recurrente considera que se han vulnerado las normas procedimentales, puesto que se le ha tramitado un procedimiento de rectificación de errores que el TEAC califica posteriormente como un procedimiento de subsanación de discrepancias, con las consecuencias que ello conlleva. La Sala desestima el recurso y se muestra muy clara en este caso, a pesar de reconocer que no se cumplieron estrictamente los requisitos exigidos por el artículo 18 sobre el plazo de alegaciones. Entiende que «*el hecho de que la Gerencia del Catastro lo calificase como un procedimiento de rectificación de errores, no altera la naturaleza jurídica del procedimiento seguido que es el de subsanación de discrepancias del artículo 18.1 dado que se siguieron los trámites de este (una vez agotadas las actuaciones necesarias de investigación e información se dictó acuerdo de inicio motivando las razones acreditadas por la información obtenida, se concedió trámite de audiencia a todos los posibles interesados, y se notificó en tiempo y forma la resolución adoptada)*».

Esta resolución nos plantea la duda de si, realmente, no se ha vulnerado el derecho de los recurrentes, ya que, por un lado, se le tramitó un procedimiento de rectificación de errores (que, incluso, se denominó así por la propia Administración catastral) y, por otro, la propia Sala reconoce que no se cumplieron las formalidades requeridas para la subsanación de discrepancias, aunque el cumplimiento de las alegaciones deja sin validez la posible nulidad procedimental. ¿Debe el interesado conocer todos los procedimientos?, o ¿es obligación de la Administración el informar de manera adecuada? ¿Puede posteriormente sin informar al administrado reconvertir un procedimiento que le va a repercutir de forma negativa al interesado? Simplemente son dudas hipotéticas, pues, como hemos dicho, la respuesta de la Audiencia Nacional ha sido absolutamente concluyente. Habrá que esperar a una posible respuesta del Tribunal Supremo, en su caso. De todas formas, no debe olvidarse que, si bien una parte es el administrado, la otra parte es la entidad local en cuestión, que buscará, en todo caso, la reconducción hacia un proceso de subsanación de discrepancias, evitando así la posible devolución de los ingresos derivados de la eficacia retroactiva del procedimiento de rectificación de errores.

Como último supuesto destacable del íter del procedimiento de subsanación de discrepancias ante la Audiencia Nacional, encontramos cuestiones administrativas ordinarias que suelen llegar a los tribunales, como puede ser la tramitación defectuosa del procedimiento en sede catastral. En el caso de la SAN 2152/2019, de 24 de mayo, se alude a una tramitación sin haber realizado el trámite de audiencia en forma alguna al recurrente[8]. Llama la atención en esta sentencia que el demandante exige el resarcimiento de daños y perjuicios, pretensión no estimada por la Sala, que rechaza por innecesario pronunciarse sobre este extremo, ya que «*una vez que se fije el nuevo valor catastral en ejecución de esta sentencia, es cuando se podrá determinar si, en su caso, la ahora recurrente ha estado pagando*

más de lo debido y si las liquidaciones giradas en los años pasados han sido superiores a lo que se debería haber girado una vez que se fijaron los nuevos valores catastrales en el año 2011 y que dieron lugar a la impugnación frente a la que nos encontramos» (fundamento jurídico sexto). A nuestro juicio, no se trataría tanto de daños y perjuicios como de devolución de cantidades que eran incorrectas y que no debían, por tanto, haberse satisfecho.

C) La subsanación de discrepancias ante los Tribunales Superiores de Justicia

La realidad que nos arrojan los procedimientos de subsanación de discrepancias ante los Tribunales Superiores de Justicia es bastante más amplia que la que encontramos ante el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional y, en consecuencia, presenta una mayor casuística. Sí consideramos necesario recordar aquí que, a nivel procesal competencial, es la jurisdicción civil quien tiene la facultad para pronunciarse sobre la propiedad de las fincas, pues el Catastro es un registro fiscal que no atribuye propiedades, limitándose su competencia «*a la modificación de la titularidad reflejada en el caso de que dicha modificación resulte justificada convenientemente, y procediendo en consecuencia de no resultar justificada la modificación a mantener la titularidad que venía constando en el propio Catastro, en consecuencia de la presunción de acierto de los actos administrativos de confección del catastro*», como nos indica muy acertadamente la STSJ CL 4671/2019, de 5 de noviembre[9].

La primera de las cuestiones a las que debemos hacer referencia es la del propio tratamiento por la Administración del procedimiento. Así, uno de los temas recurrentes frente a los tribunales es la forma de llevar a cabo el mismo. La anulación de un procedimiento de subsanación de discrepancias por parte del Tribunal Económico-Administrativo por falta de motivación del técnico competente en el asunto, es parte de las cuestiones que se plantean en la STSJ CV 5218/2019, de 4 de diciembre. En este caso nos encontramos ante un supuesto normal de falta de motivación de un procedimiento administrativo, por lo que se entiende la respuesta que nos ofrece la sentencia. En sentido desestimatorio frente al mismo caso podemos ver la STSJ CL 4671/2019, de 5 de noviembre.

El segundo de los motivos sobre el que profundizar es la aplicación a este procedimiento de la prohibición de la *reformatio in peius*. La Abogacía del Estado en la STSJ M 11875/2019, de 4 de noviembre, entiende que la subsanación de discrepancias no es un recurso, por lo que no le sería aplicable esta prohibición. A este respecto, la Circular 03.03/2016, de 20 de mayo, considera que este procedimiento hace compatible el principio de prohibición de la *reformatio in peius* con la necesidad de mantener un Catastro actualizado al servicio de los particulares y de las distintas Administraciones públicas. A pesar de que en el procedimiento de subsanación de discrepancias no afectaría porque, a efectos prácticos, no existe la *reformatio in peius* tras la subsanación, ya que los efectos tributarios de los cambios realizados por este medio corresponden al ejercicio económico del año siguiente, entendemos junto a la Abogacía del Estado, que la prohibición de la *reformatio in peius* solo es aplicable a recursos. Así se recoge en el artículo 119 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y ha reiterado el Tribunal Supremo en multitud de ocasiones como, por ejemplo, en la STS 1066/2016, de 11 de marzo, donde en su fundamento jurídico primero expone: «*la infracción del principio de prohibición de "reformatio in peius", o reforma peyorativa, tiene*

lugar cuando la parte recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación jurídica creada o declarada por la resolución impugnada, de modo que lo obtenido con la resolución judicial que resuelve el recurso produce un efecto contrario al pretendido por el recurrente que era, precisamente, eliminar o minorar el gravamen sufrido con la resolución objeto de la impugnación. Como ha dicho el Tribunal Constitucional, aunque este principio no está positivizado, es un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva».

La tercera cuestión que debemos analizar es el tratamiento que recibe el procedimiento de subsanación de discrepancias en los Tribunales Superiores de Justicia a la hora de considerarse el adecuado o no en relación con sus efectos. Así, la STSJ GAL 5856/2019, de 11 de octubre, anuló un procedimiento de subsanación de discrepancias al considerar que no era el procedimiento debido por el que se debía haber tramitado la pretensión del recurrente y que era obligación del Catastro haber indicado cual era el procedimiento correspondiente o haberlo remitido directamente a otro procedimiento. En este caso, entendemos que lo que se produce es un *quasi* incorrecto funcionamiento de las Administraciones públicas (en concreto del Catastro) que luego provoca que se dé la razón al recurrente, anulando el procedimiento de subsanación de discrepancias.

Como no podía ser de otra forma, volvemos a encontrar como cuestión no pacífica el asunto referido a la elección o diferenciación de procedimientos (subsanación de discrepancias/rectificación de errores) en base a los efectos que producen. Es lo que se produce en el asunto resuelto por la STSJ M 11470/2019, de 2 de octubre. Como se indica en su fundamento jurídico tercero, lo que debe examinarse es «*la conformidad o no a Derecho del concreto cauce elegido por la Administración para sustanciar la solicitud de revisión de la valoración catastral formulada por los actores, en cuyo escrito de demanda se defiende que la solicitud en cuestión tuvo que provocar la incoación y tramitación de un procedimiento de rectificación de errores y no el de subsanación de discrepancias, con la trascendental consecuencia de tener que producir efectos catastrales y fiscales la reducción del valor resultante de la estimación parcial de la referida solicitud y del eventual pronunciamiento estimatorio que se dicte en el presente recurso desde la fecha de entrada en vigor de la Ponencia de Valores*». El Tribunal entiende que, tanto la incorporación de bienes inmuebles al Catastro inmobiliario como la alteración de sus características, ha de tramitarse por el procedimiento de subsanación de discrepancias, por lo que desestima el recurso contencioso-administrativo. Sin duda, va a ser la naturaleza del error o de la cuestión que se quiera incorporar al Catastro la que va a determinar el procedimiento que haya de seguirse, aunque las líneas son difusas, por lo que son muchos los asuntos que llegan a los tribunales sobre estos términos. Se comprueba, además, que los recurrentes suelen confundir el objetivo del procedimiento de subsanación de discrepancias, por ejemplo en la STSJ CV 3144/2019, de 29 de julio, el recurrente solicita que, implícitamente, a través de un procedimiento de subsanación de discrepancias se acometa una revisión de actos nulos de pleno derecho. Obviamente, la Sala desestima esta pretensión al entender que son dos procedimientos absolutamente diferentes, mostrando el carácter extraordinario de la revisión de actos nulos frente a la naturaleza revisora del procedimiento catastral. De hecho, la Circular 03.03/2016, de 20 de mayo, ya era consciente de esta dificultad y establece unos parámetros para poder diferenciar el procedimiento de subsanación de discrepancias de otros, tales como el recurso de reposición o el procedimiento de valoración colectiva.

Por último, ha de destacarse la reciente STSJ CL 1181/2020, de 22 de abril, en relación a otra de las cuestiones que pueden plantearse en sede judicial. En

este caso, lo que se discutía era la obligatoriedad de comenzar un procedimiento de subsanación de discrepancias por parte de la Administración, que ya había tenido conocimiento de la falta de concordancia entre la descripción catastral y la realidad inmobiliaria. Mientras que el recurrente alegaba la necesariedad de la apertura de este procedimiento catastral, la propia Administración defendía la apertura del mismo únicamente «de oficio». A nuestro juicio, el Tribunal, de forma acertada, considera que, si existen pruebas indiciarias suficientes del conocimiento por la Administración de esta falta de discordancia, esta estaría obligada a abrir el procedimiento en cuestión. Efectivamente, la Sala resuelve en esos términos, estimando el recurso y considerando que la Gerencia Territorial del Catastro ha de proceder a subsanar las discrepancias y errores apreciados. De hecho, la Circular 03.03/2016, de 20 de mayo, recoge expresamente la llamada «manifestación de discrepancias», para aludir a las solicitudes o escritos que presenten en las Gerencias los interesados, estableciendo implícitamente la obligatoriedad del inicio del procedimiento «de oficio» apreciada la divergencia, y convirtiendo el inicio del procedimiento, en estos casos, en una cuestión probatoria.

IV. CONCLUSIONES

I. La conexión y coordinación entre Registro de la Propiedad, Notaría y Catastro que establece el artículo 18 del TRLCI favorece la necesaria concordancia entre la realidad física y la catastral, imprescindible para el buen funcionamiento del tráfico inmobiliario en el siglo XXI.

II. Es indudable que el trasfondo de la llegada del procedimiento de subsanación de discrepancias a los tribunales deriva de su irretroactividad. Puede afirmarse que lo que realmente subyace es un conflicto de intereses Administración-ciudadano/contribuyente, que da lugar a la utilización de unos mecanismos u otros en función del objetivo perseguido.

III. En la práctica, si el error proviene del Catastro, se reconduce el procedimiento para poder lograr la retroactividad.

IV. No obstante, el texto legal es claro, aunque creemos que los tribunales (y en especial el Tribunal Supremo) aún deben recorrer un largo camino en lo que a la determinación de este asunto se refiere, sobre todo, en lo relativo a las devoluciones de las liquidaciones ya firmes a través de los procedimientos catastrales. No puede olvidarse el límite del acto consentido ni obviarse el impacto de la naturaleza del procedimiento catastral con proyección tributaria a la hora de poder presentar extensiones de efectos del artículo 110 LJCA.

V. De todas formas, debe reconocerse que el procedimiento no presenta especiales dificultades para su tramitación, sino más bien en su utilización *a posteriori*.

VI. El análisis realizado permite el acercamiento a los problemas concretos derivados de un procedimiento específico de una institución catastral que es todavía muy desconocida, situación que beneficia a algunos sectores en perjuicio de otros, sin embargo, consideramos que sigue habiendo una gran necesidad de estudio en profundidad de este sector.

V. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

- STS 1066/2016, de 11 de marzo
- STS 2460/2016 de 2 de junio

- ATS 337/2018, de 15 de enero
- ATS 6624/2018, de 12 de junio
- ATS 12162/2018, de 14 de noviembre
- ATS 8993/2019, de 12 de septiembre

- SAN 3866/2018, de 18 de octubre
- SAN 4175/2018, de 29 de octubre
- SAN 4176/2018, de 29 de octubre
- SAN 2152/2019, de 24 de mayo
- SAN 4681/2019, de 21 de noviembre
- SAN 4692/2019, de 10 de diciembre

- STSJ CL 2111/2018, de 21 de mayo
- STSJ M 11470/2019, de 2 de octubre
- STSJ AS 3627/2019, de 7 de octubre
- STSJ GAL 5856/2019, de 11 de octubre
- STSJ AND 12273/2019, de 21 de octubre
- STSJ M 11875/2019, de 4 de noviembre
- STSJ CL 4671/2019, de 5 de noviembre
- STSJ CV 5218/2019, de 4 de diciembre
- STSJ CL 1181/2020, de 22 de abril

VI. BIBLIOGRAFÍA

CALVO VÉRGEZ, J. (2016). Gestión tributaria *versus* gestión catastral en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles. *Tributos locales*, núm. 124, 21-42.

CAMPOS DAROCA, J.M., y PARRA BAUTISTA, J.R. (2008). *Régimen de impugnaciones en el Impuesto de Bienes Inmuebles: gestión catastral y tributaria,* Barcelona, Bosch.

GARCÍA GARCÍA, J.M. (2016). *La finca registral y el Catastro*, Cizur Menor, Civitas.

OLIVA IZQUIERDO, A.M. (2016). *La nueva coordinación Registro-Catastro*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

PUYAL SANZ, P. (2016). *El nuevo régimen de coordinación entre el catastro y el Registro de la Propiedad*, Valencia, Tirant Lo Blanch.

RUIZ GONZÁLEZ, L.J. (2012). La modificación de los datos inmobiliarios obrantes en el catastro inmobiliario. *Actum fiscal,* núm. 60, enero-febrero, 63-72.

SALVADOR CULÍ, J. (2019). La gestión del catastro y la gestión del lBI. La necesidad de un cambio. La propuesta «EuroPACE». *Tributos locales*, núm. 141, 39-48.

SAN MARTÍN RODRIGUEZ, A. (2016). La problemática de la gestión compartida en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles. *Tributos locales*, núm. 124, 43-52.

NOTAS

[1] No obstante, el conocimiento por cualquier medio del que habla el artículo, incluye la comunicación por parte de los propios interesados, pero de su naturaleza no puede decirse, en ningún caso, que se trate de un procedimiento a instancia de parte. De hecho, para RUIZ GONZÁLEZ, esta circunstancia minora las posibilidades del interesado, que no será tal hasta que la Administración catastral considere oportuno el inicio del procedimiento (RUIZ GONZÁLEZ, 2012, online).

[2] Es interesante aquí la STSJ CL 2111/2018, de 21 de mayo.

[3] Como indica la Circular 03.03/2016, de 20 de mayo, la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria supuso la supresión de la necesidad de obtener el consentimiento expreso de los colindantes que pudieran resultar afectados por la subsanación de discrepancias, siendo suficiente ahora que no exista oposición expresa de los mismos manifestada durante el plazo de alegaciones concedido.

[4] La omisión al Tribunal Constitucional y el comienzo directamente por el Tribunal Supremo responde a dos motivos: en primer lugar, por el carácter de jurisdicción ordinaria de este y, en segundo, por no existir asunto que haya llegado al Tribunal Constitucional relativo a la materia que estamos analizando.

[5] En el mismo sentido: ATS 6624/2018, de 12 de junio.

[6] En este extremo habría de tenerse en cuenta la teoría administrativa del acto consentido y firme. No nos parece tan fácil desvirtuar un acto que es definitivo por no haber recurrido contra él.

[7] Como indica la STS 2460/2016 de 2 de junio (fundamento jurídico cuarto): «*Se trata de un procedimiento que se puede instar durante todo el periodo de prescripción del impuesto, por lo que precisa de una definición estricta de lo que puede considerarse como error material, de hecho o aritmético, para evitar que suponga una forma de revisar actos firmes por motivos que tienen que ser objeto de los recursos administrativos ordinarios. Es un procedimiento que está pensado fundamentalmente para aquellos casos en los que el órgano administrativo, a la hora de dictar la resolución de un expediente, incurre en una errata, en un error de transcripción o en un error aritmético*».

[8] Pueden verse también: SSAN 4175/2018 y 4176/2018, de 29 de octubre.

[9] En igual sentido: STSJ AND 12273/2019, de 21 de octubre, STSJ AS 3627/2019, de 7 de octubre o STSJ CL 1181/2020, de 22 de abril.

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

GARCÍA SOLÉ, Fernando y GÓMEZ GÁLLIGO, Fco. Javier: «*Derecho de los bienes muebles. Financiación y garantías en la contratación mobiliaria*». 2.ª Edición, Ed. Marcial Pons, Madrid/Barcelona 2020.

por

ALBERTO J. TAPIA HERMIDA
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid

Doy cuenta, en esta recensión, de una obra singular por varios motivos, empezando por la personalidad de sus autores que conocen en profundidad la materia tanto desde el punto de vista práctico como teórico. En efecto, la profunda amistad que mantengo con ambos desde hace ya muchos años, lejos de cegarme, me otorga una especial lucidez para evaluar de primera mano su valía como juristas y su conocimiento exhaustivo de la materia objeto de esta obra. Las sinergias del trabajo conjunto de Fernando GARCÍA SOLÉ, letrado destacadísimo en el mundo bancario; y de Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, notario y registrador que ocupó hasta hace poco tiempo y con la máxima brillantez y fecundidad la Dirección General de los Registros y del Notariado, dan sus frutos en este «Derecho de los bienes muebles».

La segunda razón para calificar de singular este «Derecho de los bienes muebles. Financiación y garantías en la contratación mobiliaria» tiene directa relación con su autoría y consiste en la especificidad de ver que las monografías y los tratados que no son de uso puramente universitario gocen de la publicación de una segunda edición. Sin embargo, este texto, cuya edición primigenia data de 2002, ya anunciaba en su primera edición su compromiso de renovarse y actualizarse con el tiempo. Ahora, 18 años más tarde, cumple su promesa y ello por dos razones fundamentales: la primera responde a que existen muy pocas obras dedicadas a la contratación mobiliaria, especialmente desde su vertiente financiera y de garantías. La segunda razón estriba en que este mundo del mercado de financiación mobiliaria y de sus garantías no ha parado de crecer y, en consecuencia, se hacía necesaria una revisión profunda y a fondo de la primera edición que la adaptara cuidadosamente a la nueva doctrina, jurisprudencia y legislación aparecida en estos casi veinte años transcurridos desde su aparición.

Este libro —que ya fue calificado de excelente en el prólogo a la primera edición de 2002 por el recordado maestro civilista, Don Luis DÍEZ PICAZO— trata de condensar en una sola obra, las materias más relevantes en este ámbito del Derecho de los bienes muebles que ha incrementado exponencialmente su importancia desde la codificación hasta nuestros días, tanto a nivel económico como legislativo. En definitiva, esta obra responde a la creciente «movilización»

de la Economía en general y del sistema financiero en particular. En este sentido, a nadie se le oculta que actualmente la importancia cualitativa y cuantitativa de los bienes muebles está muy por encima de la de los bienes inmuebles, ya que estos últimos, sin perder su importancia histórica, han pasado a un segundo plano desde un punto de vista económico.

Entrando ya en el contenido de este «Derecho de los bienes muebles. Financiación y garantías en la contratación mobiliaria», conviene partir de la que puede considerarse como la más transcendente de todas las clasificaciones que se puedan llevar a cabo respecto de bienes muebles que es aquella que divide a estos bienes en registrables y no registrables. Pues bien, la obra que ahora comentamos se hace eco de esta dicotomía estudiando el régimen jurídico de todos aquellos bienes muebles registrables distintos de los bienes inmuebles; es decir, de todos los bienes muebles susceptibles de inscripción en el Registro de Bienes Muebles, que es un Registro jurídico y no solo meramente administrativo.

Los autores no pretenden tanto hacer un análisis jurídico sobre el derecho de los bienes muebles de una manera estática, sino fundamentalmente teniendo en cuenta el componente financiero en su adquisición y la virtualidad y habilidad de dichos bienes para ser objeto de garantía en las relaciones civiles mercantiles y crediticias. Así, parten de la base de que una gran parte de estos bienes muebles se venden con ayuda de financiación que prestan los propios vendedores o (generalmente) terceros financiadores que pretenden asegurar su riesgo crediticio con la garantía del propio bien financiado.

Conforme a lo anterior, la obra comienza con una breve exposición de los rasgos que caracterizan a la financiación mobiliaria desde un punto de vista jurídico.

Seguidamente se detiene en el análisis de la normativa aplicable al crédito al consumo, ya que es evidente que, en la actualidad, el crédito al consumo es el instrumento utilizado para la adquisición de la mayor parte de los bienes que se comercializan en el mercado (automóviles, electrodomésticos, etc.) y, sin perjuicio de que se utilice para otro tipo de finalidades (como la adquisición de servicios, especialmente en el sector turístico); es claro que constituye la normativa que más se aplica, con carácter general, a la financiación de bienes muebles en el más amplio sentido de la palabra.

Este «Derecho de los bienes muebles. Financiación y garantías en la contratación mobiliaria» pone de manifiesto que, aunque están excluidas del ámbito de la Ley de Crédito al Consumo; son cada vez más frecuentes y de mayor cuantía las operaciones de adquisición de bienes mediante financiación sin interés; incluso aquellos bienes que tradicionalmente se adquirían al contado se financian ahora en un plazo relativamente corto (seis meses), que facilitan de forma importante tanto la venta (así, el vendedor en muchas ocasiones subvenciona los intereses) como la compra. Concluyen en que determinados bienes y productos no se venderían en un gran número de ocasiones si no fuera gracias a las facilidades crediticias.

El capítulo IV de la obra está, por tanto, destinado, entre otros temas, al detenido estudio de la vigente Ley de Contratos de Crédito al Consumo. La existencia de una nueva Directiva comunitaria del año 2008 y, sobre todo, la Ley española vigente, publicada en el año 2011, ha obligado a los autores a revisar íntegramente este capítulo, en cuya primera edición se tuvo en cuenta la anterior Directiva y la Ley de 1995. Muchos temas se han revisado respecto de la primera edición, Entre ellos cabe destacar el nuevo régimen jurídico de los contratos vinculados que varía sustancialmente de la norma anterior, que exigía un acuerdo «en exclusiva» entre proveedor y financiador. Ahora la norma equipa-

ra la responsabilidad del proveedor y financiador en muchos sentidos y se hace eco de la jurisprudencia y doctrina que ha aparecido durante estas dos décadas. Cabe destacar también las mayores exigencias del financiador en cuanto a proveer al consumidor de mucha mayor información previa y coetánea a la firma del contrato. Y ello tanto de manera documental como mediante otros medios o acciones. Se analiza también un tema de rabiosa actualidad como es el relativo a los requerimientos para poder considerar un préstamo como préstamo responsable, lo que se convierte en una nueva obligación del financiador. En resumen, toda la materia relativa a la Ley de crédito al consumo que contiene la obra ha sido revisada, de forma detallada y concienzuda, recogiendo tanto la normativa en vigor como la más importante doctrina y jurisprudencia.

Una vez analizada la normativa del crédito al consumo, la obra estudia, también con detalle, la vigente Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles (Ley 13/1998, de 13 de julio), que ha sido la norma sobre la que ha recaído la histórica responsabilidad de haber concebido y creado el germen del Registro de Bienes Muebles —que sin duda proviene del Registro de Venta a Plazos— como articulador del nuevo Derecho de los bienes muebles, en su faceta de creador de nuevas relaciones sociales y económicas con las que se pretenden trasladar las garantías históricas propias del Registro de la Propiedad Inmobiliaria. La Ley de Venta a Plazos, a diferencia de la ley de Crédito al Consumo, no ha visto sustancialmente alterada su redacción, pero la actualización de la obra aprovecha para clarificar algunas de las cuestiones más debatidas sobre distintos temas, como el régimen del derecho de desistimiento, el paulatino incremento de la fuerza de la inscripción registral en cuanto a la protección de los derechos del proveedor y financiador y otros temas igualmente relevantes, que se actualizan de acuerdo con lo sucedido en esta materia en estos casi veinte años que separan a ambas ediciones.

A continuación, este «Derecho de los bienes muebles. Financiación y garantías en la contratación mobiliaria» se detiene en estudiar las nuevas figuras financieras (*leasing* y *renting*) que recaen primordialmente sobre bienes muebles y la normativa jurídica a ellos aplicable. Estas figuras constituyen los elementos más modernos y activos de financiación de este tipo de bienes.

También se estudia de forma detallada la normativa sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento que nació muerta por falta de aplicación efectiva, quizá por sus excesivos requisitos formales, pero que se ha revitalizado en los últimos años debido a las nuevas corrientes interpretativas de la norma que hacen que figuras como el «crédito *stock*» de vehículos puedan encontrar amparo y garantía registral en base a estas disposiciones. Fundamental ha sido aquí el papel creador que ha tenido la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado a través del Servicio de Registradores, que ha resuelto las dudas que se habían ido suscitando en la materia, admitiendo, por ejemplo, la prenda de «*stocks*» de vehículos o de derechos incorporales. En esta obra se recogen ampliamente las resoluciones dictadas en la materia. Cuando se publicó la primera edición, este tipo de garantías se estaban empezando a configurar. Ahora, tras casi veinte años desde la publicación de la primera edición, se puede afirmar que está totalmente extendida en la práctica mercantil, las operaciones de crédito *stock* sobre las que se constituye e inscribe una prenda mobiliaria. En la obra se actualizan los criterios y la experiencia surgida de estos años.

Por la importancia cuantitativa y cualitativa de los contratos que recaen sobre bienes muebles la obra analiza también la normativa sobre condiciones generales, cuyo registro se integra asimismo dentro del nuevo Registro de Bienes

Muebles, como una sección del mismo. Por su íntima conexión con la materia objeto de la obra, nos parece un acierto indudable que se mantenga en esta segunda edición un capítulo destinado al Registro de las Condiciones Generales de la Contratación, analizándose detalladamente los efectos de la inscripción de estas Condiciones en los Registros.

Dado que se trata de una obra que pretende tratar, desde una perspectiva eminentemente práctica, los temas fundamentales que afectan a los bienes muebles, no podría faltar un análisis de su tratamiento en la Ley de Enjuiciamiento Civil que, además de clarificar distintas cuestiones oscuras, da una relevancia mucho mayor a los bienes muebles, especialmente cuando constan inscritos y establece unas importantes especialidades en la regulación del Juicio Verbal, especialmente respecto de la recuperación de los bienes muebles sometidos al régimen de la Ley de Venta a Plazos o de la normativa aplicable al arrendamiento financiero. Cuando se publicó la primera edición de la obra no se tenía aún experiencia sobre cómo iban a substanciarse en la práctica este tipo de procedimientos con garantías reales sobre bienes muebles que era totalmente novedoso en la época. La obra, en la revisión que se hace ahora, en el año 2020, recoge toda esta experiencia que se deriva de innumerables procedimientos ejecutivos, verbales, concursales, etc., que se han desarrollado en estos años y de las que dan buena muestra tanto las revisiones llevadas a cabo como la abundante jurisprudencia que la obra recoge. Todo ello se recoge en el capítulo V de la obra, dedicado íntegramente a analizar las principales normas procesales aplicables a los bienes muebles y que traducen en la práctica, la defensa que el ordenamiento jurídico otorga a las garantías formalmente constituidas sobre los mismos, trasladando principios e instituciones que hasta ahora se aplicaban solo a los bienes inmuebles.

La obra se detiene, como no podría ser de otro modo, en su capítulo VI, a analizar la regulación del Registro de Bienes Muebles, eje sobre el que pivota esta nueva rama o especialidad del Derecho. Y ello es así porque, si no fuera por la presunción de existencia y titularidad del derecho inscrito, derivada de la legitimación registral, no podría desenvolverse la financiación garantizada con bienes muebles. El Registro garantiza la seguridad de la inversión y permite el desenvolvimiento de procedimientos ágiles de recuperación de las garantías con causas de oposición muy limitadas. De este modo, la obra, tras indicar que para la defensa del crédito mobiliario se establecen también distintas garantías personales; se centra en las garantías reales que proporciona la inscripción en el Registro de los bienes muebles y los derechos que recaen sobre los mismos. Analiza los principios que rigen el Registro de Bienes Muebles (similares o los del Registro de la Propiedad) y se centra en los principales derechos que son objeto de inscripción en este Registro de la propiedad mobiliaria, entre ellos la reserva de dominio y su cancelación, el arrendamiento financiero-leasing, la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento de posesión, el tratamiento registral de las anotaciones de embargo, demanda y prohibición de disponer y en el general todos los derechos que pueden ser objeto de inscripción y anotación en este novedoso registro. Los autores incorporan en el estudio la experiencia de más de veinte de años de existencia del mismo y fijan las directrices que se han venido estableciendo en la práctica registral.

Fiel a su vocación omnicomprensiva y práctica, este «Derecho de los bienes muebles. Financiación y garantías en la contratación mobiliaria» analiza también el régimen jurídico de los diferentes bienes muebles en particular destacando los que más relevancia cualitativa y cuantitativa presentan. Así, en el capítulo VII se dedica al régimen de los vehículos automóviles y los contratos (especialmente

los financieros y arrendaticios) que sobre dicho bien recaen. Es indudable, como señalan los autores, que el término automóvil es el sinónimo más habitual de bien mueble y sobre él gira fundamentalmente la normativa o en definitiva, el derecho de los bienes muebles que es objeto de la obra. De tal manera que se analizan detalladamente los contratos más frecuentes que tienen como objeto el automóvil, esto es, la venta y financiación a plazos, el arrendamiento financiero, el renting y el crédito *stock*. También se detiene en el análisis de la evolución del registro de la dirección general de tráfico y su conexión con un registro de titularidades como lo es el Registro de Bienes Muebles.

El capítulo VII de la obra se detiene en el estudio del régimen jurídico de los buques y las aeronaves todo ello por su indudable importancia histórica y actual. El buque ha sido el antecedente histórico que ha permitido la constitución de garantías (por ejemplo, la hipoteca naval) sobre un bien mueble hasta el punto de que la normativa lo considero, abusando de la ficción jurídica, como un bien inmueble a determinados efectos. Como no podía ser de otra forma, los autores analizan los distintos convenios internacionales, sobre todo el Convenio internacional de Ciudad del Cabo sobre equipos móviles y protocolo aeronáutico.

Seguidamente, en el capítulo IX se analiza el régimen jurídico de los bienes inmateriales; esto es, la propiedad intelectual e industrial, con especial referencia a la Ley de Marcas, así como a los negocios jurídicos sobre acciones y participaciones, de indudable importancia para los mercantilistas que se dedican al análisis del régimen jurídico de las Sociedades de Capital.

En su parte final, este «Derecho de los bienes muebles. Financiación y garantías en la contratación mobiliaria» analizan los aspectos más importantes de la normativa proyectada, en cuanto afectan al Derecho de los bienes muebles. De tal modo que se examinan las modificaciones proyectadas para mejorar la eficacia del Registro de Bienes Muebles, se pide la oportuna modificación del actual artículo 464 del Código civil e incluso del artículo 85 del Código de Comercio, con objeto de adaptar ambas normas a la realidad actual, También se pregona la necesidad de avanzar en una Ley de Garantías Mobiliarias que recoja en un solo texto todas ellas y su posibilidad de registro y en general otras cuestiones que permiten dotar de mayor eficacia y agilidad a la contratación mobiliaria y sus garantías. No podía faltar tampoco un capítulo —en este caso el XII— destinado al análisis de los nuevos retos que plantea la contratación electrónica en torno a los bienes muebles, que desde muchos puntos de vista, son los mas idóneos para ser la avanzadilla de cualquier regulación normativa en este sentido.

Y, dado que la obra pretende ser un compendio de utilidad para todos los juristas que necesiten conocer la normativa aplicable a los bienes muebles y los actos y contratos que sobre ellos se realizan, incluye un completo anexo legislativo, así como el texto de las principales Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado relativas a bienes muebles.. También incorpora una reseña jurisprudencial, así como el texto de las principales disposiciones, tanto de carácter nacional e internacional relativas a los bienes muebles.

Por último y para facilitar la labor de quienes, desde un punto de vista profesional, se ven precisados de aplicar esta normativa, los autores han incluido un anexo con modelos de contratos utilizados por las diferentes entidades de crédito y de servicios que operan en estos mercados, así como se acompañan formularios de escritos de carácter procesal que se refieren a los procedimientos más específicos sobre bienes muebles.

Podemos concluir esta recensión diciendo que este «Derecho de los bienes muebles. Financiación y garantías en la contratación mobiliaria» es una obra

esencial que compendia el Derecho de los bienes muebles, su financiación, su publicidad y la cada día más importante función de garantía que prestan los mismos, situándose en un nivel cada vez más similar a la seguridad jurídica que proporciona el tráfico jurídico de los bienes inmuebles en el que el sistema Registral español es ejemplar. Y ello solo podía ser obra de los dos autores, Fernando GARCÍA SOLÉ y de Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, que son quienes más y mejor conocen la regulación de los bienes muebles y su aplicación en la realidad.

PAZ-ARES, Cándido: «*¿Derecho común o derecho especial de grupos? Esa es la cuestión*». *Civitas,* Cizur Menor (Navarra), 2019. 282 páginas. Monografía.

por

SANTIAGO ARAGONÉS SEIJO
Juez del Juzgado de lo Mercantil de Girona
Profesor asociado de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona

La presente obra analiza detenidamente la problemática existente entre la realidad económica de los grupos de sociedades y la necesaria independencia de los administradores de cada una de las sociedades. Como es sabido, el autor es un reputado académico de Derecho Mercantil, en particular, catedrático en la Universidad Autónoma de Madrid y, además, ejerce como abogado. El lector podrá advertir que se recogen con esmero todas las posturas doctrinales y jurisprudenciales existentes sobre la temática y que el autor las contrapone con sus ventajas e inconvenientes con suma rigurosidad.

La monografía se divide en diez capítulos y un apéndice. En nuestra opinión, se confrontan dos grandes bloques, el de la denominada doctrina de la organización —a la que se dedican los capítulos dos a cinco— y el de la doctrina de la protección, al que se reservan los bloques seis a nueve.

La doctrina de la organización obedece a una lógica institucional que emana de imperativos de la praxis empresarial y aboca a la creación de un derecho especial o privilegiado de sociedades para los grupos. Sobre ella, el autor considera que busca desplazar las fronteras de la empresa hasta la línea perimetral del grupo sustituyendo enteramente dentro de él el contrato —el mercado— por la jerarquía.

Por el contrario, la doctrina de la protección, fiel a la lógica contractual del derecho común de sociedades, trata de evitar que las presiones de la práctica revienten sus costuras con menoscabo de la integridad de los derechos de los socios. Esta no desconoce los derechos de control asociados a la propiedad de la mayoría del capital por parte de la matriz y su función de coordinación empresarial, pero pone el acento en los deberes fiduciarios de los administradores para asegurar la autonomía organizativa y patrimonial de la filial.

Como ya avanzamos, la monografía se divide en dos grandes bloques, y el primero de ellos el autor critica con especial severidad, pero con acertados argumentos, las tesis a través de las cuales se ha introducido con fuerza la doctrina de la organización, cuales son la tesis de la prioridad del interés del grupo, la tesis del mandato imperativo y la tesis de la ausencia o irrelevancia de conflictos de interés. En los tres capítulos posteriores se desmenuza cada una de estas tesis.

El problema principal del interés del grupo, entendido como interés distinto y superior al interés social, es que modifica subrepticiamente la causa del contrato

de sociedad porque del fin común inicial de maximización del valor de la empresa individual (el interés social) se pasa a la maximización del valor de la empresa de grupo (el interés de grupo), que no puede imponerse sin el consentimiento de todos los accionistas. Junto a esta modificación de la causa, también se reestructuran los deberes fiduciarios de los administradores en el sentido de que se actuará en el mejor interés del grupo eliminando el deber de independencia frente a las instrucciones de la matriz.

El ordenamiento español menciona la realidad del grupo en los artículos 18 de la Ley de sociedades de capital, 42 del Código de Comercio y 5 de la Ley de mercado de valores, pero no se ha alterado el derecho común de sociedades. Por ello, del simple hecho de la vida empresarial sujeto a un ulterior control jurídico, no se sigue el reconocimiento de la legitimidad del interés del grupo y —menos aún— la obligación de que los administradores de cada sociedad agrupada de perseguir el interés del grupo en su conjunto. Desde la perspectiva económica, tampoco se justifica la primacía de un pretendido interés de grupo ya que no se puede maximizar dos objetivos potencialmente conflictivos —el de la empresa y el del grupo— sin que se resienta la maximización de uno de ellos. Así, no serían incongruentes con el interés social las decisiones que generan un daño o pérdida, sino también aquellas que determinan un menor beneficio, esto es, un menor rendimiento de la inversión. Finalmente, tampoco satisface el interés social la idea de que basta que se cumpla un balance general entre las ventajas y las desventajas que obtenga o sufra una de las sociedades del grupo por la razón de que se trata de una compensación genérica basada en ventajas futuras previsibles.

La segunda tesis de la doctrina de la organización, la relativa a la centralización del mando de la empresa del grupo en la administración de la sociedad matriz, es la tesis del mandado imperativo. Según el autor el poder de dirección es un mero poder de hecho y el reconocimiento legal del grupo se asocia a la posibilidad de control, no a la efectividad de la dirección. La filial es una sociedad jurídicamente independiente, aunque —obviamente— la matriz podrá nombrar la mayoría de los administradores y dictar instrucciones en la junta y ejercer otros derechos de todo socio mayoritario. Tampoco debe olvidarse el deber de independencia de los administradores, aunque estos podrán seguir las indicaciones de la matriz si es conforme con el interés social o si hay alguna compensación específica y completa. En definitiva, el administrador será responsable si no rechaza el cumplimiento de instrucciones perjudiciales recibidas de la sociedad matriz pues no existe una obediencia debida.

Para finalizar el análisis de la doctrina de la organización, se trata la compatibilidad de las transacciones internas dentro del grupo —entre partes vinculadas— con la prohibición del conflicto de interés que afecta a cualquier administrador. Los defensores del interés del grupo, al existir una suerte de comunidad de interés, consideran que el conflicto queda conceptualmente excluido. Junto a ello, los administradores deben efectuar un juicio de equidad global que se proyecta en la política del grupo, no sobre cada transacción singular. Por el contrario, el autor destaca que sobre los administradores siguen pesando los deberes fiduciarios generales consistentes en la necesidad de preservar su independencia e imparcialidad, que les obliga a observar las reglas sobre conflictos de interés en las transacciones intragrupo. PAZ-ARES advierte que, si el conflicto de interés es irrelevante, se propiciaría una aplicación poco estricta de la discrecionalidad empresarial. En todo caso, el juez debe poder enjuiciar la negligencia y revisar el criterio de los administradores en garantía de los derechos e intereses de los accionistas externos. Pese a todo, como luego se dirá, las rígidas reglas de absten-

ción que se imponen al administrador incurso en el conflicto de intereses deben reformularse en los grupos de sociedades por los costes que implica.

La segunda parte de la monografía se dedica al estudio de la doctrina de la protección, que busca dar prioridad a la eficiencia productiva sobre la eficiencia asignativa. En los grupos de sociedades planos, esto es, el de aquellas sociedades íntegramente participadas, no existe inconveniente en aceptar las tesis propugnadas por la doctrina de la organización. Por contra, en los grupos piramidales en los que sí existen accionistas externos en las sociedades filiales, es una fuente de ineficiencia legitimar sacrificios de los accionistas en beneficio del conjunto. Se proponen distintas alternativas para arreglar la situación del accionista externo: 1.ª) que la matriz adquiera la participación de los minoritarios para convertir el grupo piramidal en grupo plano; 2.ª) que la filial no íntegramente participada sea absorbida por la matriz; 3.ª) que la matriz acuerde con los accionistas externos de sus filiales una novación causal de sus contratos, en virtud de los cuales se establezca la prioridad del interés del grupo, el mandato imperativo y la liberalización de las transacciones internas. En este último supuesto, la matriz deberá ofrecer a los minoritarios las contrapartidas precisas, que permitan *ex ante* preservar el valor de la participación en la sociedad subordinada. Otra posibilidad, aunque no de forma generalizada por los costes que implica, sería la de articular un derecho de separación del socio que no opte por la novación contractual que implica la integración en un grupo societario. Por todo ello, la realización de la función empresarial de coordinación no requiere del establecimiento de reglas especiales o exorbitantes.

PAZ-ARES defiende que el interés del grupo no es autónomo, pero puede configurarse como instrumental del interés social, es decir, dependiente y al servicio del interés social. El interés dominical de la matriz tiene cabida en el interés social, precisamente por ello el artículo 529-*duodecies*.3 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC) atribuye a los consejeros dominicales una función de representación económica. Sin embargo, el interés del grupo no permite perjudicar ni postergar el interés particular de ninguno de sus miembros. Ello no significa que una medida adoptada por la matriz que perjudique a la filial sea siempre ilegítima siempre que el beneficio esperado en el momento de adoptarla sea superior a su coste esperado, como debe hacer cualquier administrador diligente de una sociedad independiente.

En todo caso, si se ocasiona un daño a la filial por alguna medida singular de la matriz —no de una política general o sectorial del grupo— el perjuicio debe determinarse cuantitativamente y la compensación adecuada se preste en caja o en especie valorable económicamente de manera coetánea a la adopción de la medida.

Respecto del mandato imperativo que sostiene la doctrina de la organización el autor lo niega porque el administrador de la filial mantiene el deber de independencia y debe preservar los derechos de los accionistas externos, sin que pueda exonerarse por las instrucciones recibidas por la matriz. Es lo que se viene denominando —para otros profesionales, como los auditores, abogados o notarios— *gatekeeper* o guardabarreras, que es la forma más discreta y menos agresiva de realizar el control de legalidad de la actividad, consistente en denegar su cooperación. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015, que consagra en nuestro ordenamiento la teoría de las ventajas compensatorias, destacó que el administrador no puede escudarse en las instrucciones recibidas de la dirección unitaria y que no opera la eximente de una «especie de obediencia debida». También advierte el autor que el artícu-

lo 161 LSC, que permite a la junta general impartir instrucciones al órgano de administración, no puede establecer una suerte de contrato de subordinación encubierto a modo de mandato colectivo.

Se puede apreciar un mérito argumental especial para permitir la operatividad de un grupo societario en el capítulo dedicado al permanente conflicto de interés que se origina en los grupos. La regla general de abstención del administrador aquejado de un conflicto con el interés social incrementa de manera insoportable los costes asociados al funcionamiento del grupo. Por este motivo, la regla de la abstención debe transformarse en una regla de protección, que puede ser preventiva a través de una tutela procedimental —reservando la competencia para aprobar operaciones vinculadas a órganos superiores como el consejo de administración o la junta general— o material de control de contenido (regla del *entire fairness*), en cuya virtud, la transacción puede llevarse a efecto, pero en caso de controversia los administradores dominicales o de la sociedad matriz —la parte conflictuada— tienen la carga de probar que los términos de la transacción han sido justos o equitativos desde el punto de vista del interés social de la filial. Este último interés implicará que la transacción sea equitativa y compense adecuadamente a la minoría, a los accionistas externos a la matriz. La regulación societaria atribuye preferencia a la tutela procedimental sobre la tutela material, o si se prefiere, a la regla de la propiedad sobre la regla de la responsabilidad.

El conflicto permanente y las reglas procedimentales de atribución de la competencia al consejo y de abstención de los administradores dominicales resultan prohibitivos en las transacciones ordinarias, aquellas que se cruzan matriz y filial de manera rutinaria. Es una realidad que la gestión ordinaria de las sociedades de cierta envergadura está encomendada al consejero delegado. En consecuencia, para permitir el funcionamiento diario de la filial se debe reducir teleológicamente la norma que reserva al consejo la competencia sobre las operaciones vinculadas (arts. 230.2.III y 529 *ter*.1.h) LSC]. Destaca PAZ-ARES que la regulación legal de los conflictos de interés está pensada para operaciones coyunturales y ocasionales. Por el contrario, en los grupos de sociedades debería permitirse una dispensa general, aplicando analógicamente la contenida en el artículo 230 LSC para la condición de competidor, dispensa que resulta recomendable que sea explícita y acompañarla de unas directrices generales de actuación y unas obligaciones de supervisión. Por su parte, se aplicaría la teoría de las ventajas compensatorias, que se ha visto respaldada por las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015 y de 27 de junio de 2017, según la cual el daño causado a la filial debe verse compensado por los beneficios que prevén obtenerse.

Tras ver el régimen que debería aplicarse a las transacciones ordinarias, más complejo resultan las transacciones extraordinarias, entendiéndose por tales aquellas que, por su cuantía significativa o su naturaleza cuantitativa, tienen un impacto relevante en las relaciones internas. Una vez más, la regla de la abstención se antoja inadecuada porque no estamos ante meras operaciones vinculadas, sino ante operaciones *intragrupo* y porque despoja a la mayoría (a los administradores dominicales de la filial designados por la matriz) de su potestad de gobierno estratégico. Propone el autor que, si la transacción sospechosa no está saneada por no haber sido aprobada por la mayoría de la minoría de accionistas, no quedará más remedio que imponer la carga de la prueba sobre la razonabilidad de la transacción a la mayoría que la adoptó. Algo muy importante que destaca el autor es que en estos casos el conflicto no se tiene como tercero, sino como socio (sea por cuenta propia en el caso de la matriz o por cuenta ajena en el caso de los administradores dominicales de la filial) y, por tanto, no es aplicable

la regla de la abstención, sino la del *entire fairness test*. Para estos conflictos por cuenta del socio la regla aplicable sería la del artículo 190.3 LSC.

En sus conclusiones PAZ-ARES resume las tesis que ha empleado para desmontar aquellas que pretenden construir un derecho especial de sociedades para los grupos. Para los grupos planos, aquellos íntegramente participados por la matriz, no existe inconveniente para recomendar la doctrina de la organización, si bien no como tesis exorbitantes o derecho especial. En todo caso, para la protección de los accionistas de la sociedad matriz y de los acreedores de la sociedad matriz, bastan las reglas y los principios del derecho de sociedades, del derecho de obligaciones y del derecho concursal.

LÓPEZ PELÁEZ, Patricia, «*Hijos de uno solo de los cónyuges y sociedad de gananciales*», Ed. Tirant Lo Blanch, 2020. Monografía.

por

FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO
Catedrática de Derecho civil. UNED

También en tiempos de pandemia como los que nos asolan, con sus devastadoras consecuencias sociales y económicas, el tema que aborda la Profesora LÓPEZ PELÁEZ en su última monografía (*the latest*, no *the last*: ¡sabios los idiomas como el inglés, o el gallego, que diferencian y piensan que la última no es todavía la última!) presenta, ahora, nuevas vertientes.

Bajo el título *Hijos de uno solo de los cónyuges y sociedad de gananciales,* la autora despliega su mejor *know how* académico y jurídico para desarrollar propuestas de reformas necesarias y urgentes acerca de las cargas de la sociedad de gananciales. No es la autora una investigadora iniciática en esta materia relacionada con el régimen económico matrimonial. Todo lo contrario. Destacamos, ahora, algunos de sus trabajos que, seguramente, contribuyeron a crear un caldo de cultivo adecuado para elaborar la monografía que ahora presentamos. Se trata, por ejemplo, de sus Reflexiones en torno al régimen económico matrimonial de participación en las ganancias en la nueva legislación catalana: su valoración con relación al derecho común, en *Actualidad Civil,* núm. 7, 12 al 18 de febrero, 1996, págs. 137 a 151; o su Gestión de los conflictos en materia de pagos relacionados con el sostenimiento de la familia, en *La solución alternativa de conflictos en los nuevos modelos de familia*, SÁNCHEZ GARCÍA, A. y LÓPEZ PELÁEZ, P. (coords.), ARANZADI, Madrid, 2018, págs. 37 a 69.

Destaca la profesora LÓPEZ PELÁEZ en esta obra monográfica que una de las cuestiones peor resueltas en derecho común sobre el pasivo de la sociedad de gananciales, destinada a plantearse con cada vez mayor frecuencia a la vista del aumento de las familias reconstituidas, es la articulación del deber de mantenimiento de los hijos de uno solo de los cónyuges. El problema se plantea, especialmente, si el nuevo matrimonio del cónyuge progenitor está sometido al sistema de sociedad de gananciales, porque ahí se genera un patrimonio común que en principio ha de responder del sostenimiento de la familia.

La regla del Código civil para estos casos resulta clara en una primera lectura del artículo 1362.1: todo depende de si el hijo o hijos de uno solo de los cónyuges conviven o no en el hogar familiar. Si el hijo de uno solo de los cónyuges con-

vive en el hogar familiar sus gastos de alimentación y educación, en un sentido amplio, correrán a cargo de la sociedad de gananciales; esto supone que ambos cónyuges, incluido el no progenitor, están afrontando este mantenimiento, sin derecho de reembolso del no progenitor, que incluso podría verse en la obligación de utilizar sus bienes privativos si se tratase de necesidades ordinarias de estos hijos, *ex* artículo 1319.

Si, por el contrario, el hijo de uno solo no convive en el hogar familiar sus gastos serán sufragados por la sociedad de gananciales; sin embargo, estos gastos sí darán derecho a reintegro en el momento de la liquidación de la sociedad, de manera que no quedarán a cargo del cónyuge no progenitor de manera definitiva directa ni indirectamente, a menos que en el momento de la liquidación de la sociedad no pudieran abonarse estos reembolsos.

Se desencadena, de este modo, para la autora, una situación realmente desproporcionada para la persona que paga una pensión alimenticia a sus hijos con los que no convive, pues el cónyuge que no tenga consigo a sus hijos anteriores a su nuevo matrimonio, además del daño que esto puede suponer a nivel emocional, tendrá que tomar de menos en la disolución de la nueva sociedad de gananciales lo que les haya pagado en concepto de alimentos, mientras que el cónyuge que sí los tiene consigo, además de disfrutar de su compañía constante, no tendrá que reintegrar a la sociedad lo que esta haya pagado para el mantenimiento de dichos hijos.

Por otro lado, el hecho de que el cónyuge no progenitor reciba a los hijos del otro cónyuge en su casa se traduce en unas consecuencias económicas que pueden resultar muy gravosas, dado que por su consentimiento expreso o tácito a convivir con estos menores se va a encontrar con que su sociedad de gananciales debe mantenerlos sin derecho de reintegro, *ex* artículo 1362.1.

La pregunta razonable que la autora se plantea ante semejante escenario es la de cuál es el motivo para semejante distinción. Un criterio (el de la convivencia), que en su día pudo tener cierta justificación, hoy resulta injusto. Y ello, según la prof. LÓPEZ PELÁEZ, por dos razones:

Por un lado, porque la convivencia con uno u otro de los progenitores no siempre es voluntaria, sino que puede venir determinada por resoluciones judiciales que no pueden ser desobedecidas sin más; de esta manera, la no convivencia obligada por una resolución judicial, además de privar de la compañía diaria de los hijos, se traduce en unas consecuencias económicas no tenidas en cuenta en cuanto a su mantenimiento económico.

Por otra parte, porque no es posible —entiende la prof. LÓPEZ PELÁEZ— que un cónyuge pueda negarse a convivir con los hijos de su nuevo consorte, pues tal cosa supondría una clara infracción del deber de ayuda y socorro mutuos, y también de la obligación de compartir el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a cargo de cada uno, *ex* artículo 68 del Código civil.

En este caso, una convivencia que, en principio, puede o no ser deseada, además de ser obligatoria, se va traducir en la obligación de mantenimiento de dichos menores a través de la sociedad de gananciales, perdiendo incluso el derecho de reintegro, cuando, en principio, el consentimiento, de existir, se prestó para la convivencia y de haber sabido que tenía estas otras implicaciones económicas quizá no se hubiera prestado.

Todo ello lleva a la autora a hacer una reflexión acerca de la conveniencia de mantener el sistema de sociedad de gananciales como sistema supletorio de primer grado en defecto de pacto. Este sistema cumplió una importante función

en épocas pasadas, en cuanto que la mujer, que no solía contribuir a la existencia de bienes gananciales con rentas de trabajo, sí contribuía en cambio al mantenimiento de la familia con su trabajo en la casa, y dicha contribución se veía reconocida al corresponderle en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales la mitad de tales bienes.

Sin embargo, en una sociedad como la actual, que parte del principio de igualdad de los cónyuges, en la que ambos trabajan, como regla general, y en la que es muy frecuente la existencia de segundos y terceros matrimonios, con las liquidaciones de gananciales previas correspondientes, no se adapta demasiado a las nuevas circunstancias.

Es por ello por lo que la autora propone un replanteamiento de esta cuestión, que parta de la base de la igualdad de los cónyuges y de su autonomía patrimonial, de manera que el régimen supletorio en defecto de pacto sea el de separación de bienes, pasando a ser el de sociedad de gananciales, y la comunicación de ganancias que ello supone, un sistema que debe ser expresamente querido o pactado por los cónyuges.

Todavía la autora va más allá y considera necesaria una reforma legal del Código civil que aclare algunos conceptos. En concreto, destacamos las cinco siguientes propuestas:

1) La sustitución del concepto de «carga del matrimonio» por el de «carga familiar», que existirá siempre que haya familia y convivencia entre sus miembros, sin perjuicio de que sean los cónyuges, o convivientes, los principales obligados a su mantenimiento.
2) La concreción en la medida de lo posible de dicho concepto, que incluya todas las necesidades de la familia de acuerdo con los usos sociales y sus circunstancias particulares, y el establecimiento del deber de los cónyuges de contribuir al sostenimiento de dichas cargas, y no solo la sujeción de sus bienes, así como las reglas básicas de esta obligación.
3) La aclaración del concepto de «necesidad familiar ordinaria» recogido en el art 1319 del Código civil, que da derecho a cada cónyuge a vincular, además de sus bienes propios, los bienes comunes, e incluso los privativos del otro, y que parece más restringido que el concepto anterior.
4) La articulación concreta de las deudas por alimentos legales debidas por alguno de los cónyuges a otras personas, y su configuración o no como «cargas del matrimonio o familiares», con o sin derecho de reembolso, dado que el deber de alimentos se puede prestar no solo entregando una cantidad económica sino también recibiendo en casa al alimentista.
5) La aclaración de la obligación de «compartir el cuidado y atención de las personas a cargo de uno de los cónyuges», tras la reforma del artículo 68 del Código civil, indicando que tal obligación no incluye el mantenimiento económico, y por ello puede realizarse una interpretación amplia de la expresión «a cargo».

En el origen de las propuestas de la autora, es destacable la resonancia a la clásica dualidad carga-responsabilidad en la sociedad de gananciales, si bien esta distinción —como quien escribe esta líneas reflejó hace ya unos cuantos años— apenas tiene relevancia para el Tribunal Supremo (aunque los supuestos de hecho que entonces pude analizar eran muy variados, lo que hace difícil extraer conclusiones claras), porque lo que al Alto Tribunal le interesa es la protección de los acreedores, y por tanto la responsabilidad externa. Y si estos supuestos

coinciden o no con la responsabilidad interna habrá de ventilarse exclusivamente entre los cónyuges. Por otra parte, las diferencias entre los gastos considerados carga de la sociedad de gananciales y los considerados de su responsabilidad en la dicción literal del Código civil son muy pequeñas, hasta el punto de que prácticamente todos los supuestos de deuda ganancial interna lo son también de responsabilidad frente a terceros, y viceversa, salvo alguna excepción, e incluso cuando el Código regula la liquidación de la sociedad hace referencia en el artículo 1398 a las «deudas pendientes a cargo de la sociedad» como parte del pasivo de la misma, quedando equiparados, al menos en este momento final, los conceptos de responsabilidad provisional y definitiva. Esta confusión de conceptos en el Tribunal Supremo, que invoca preceptos reguladores de la responsabilidad interna cuando en realidad no está resolviendo una cuestión entre cónyuges, sino la posible vinculación del patrimonio ganancial frente a terceros, alcanza su máxima expresión tratándose de deudas derivadas del ejercicio del comercio o de la profesión de uno de los cónyuges.

Pero lo que la autora estima totalmente imprescindible es la modificación de la regla del Código civil que considera carga de la sociedad de gananciales (y por analogía carga del matrimonio) el mantenimiento de los hijos de uno solo de los cónyuges, con derecho de reembolso si no conviven en el hogar familiar, y sin el mismo si convivieran.

Aunque lo razonable es que en el caso de existir sistema de sociedad de gananciales, se establezca la obligación de los bienes gananciales de atender a este mantenimiento, concuerdo con la autora en que la regla, tal y como está configurada en la actualidad, haciendo depender el derecho de reembolso del cónyuge no progenitor de la existencia o no de convivencia con el menor afectado, puede generar muchas desigualdades.

A juicio de la profesora LÓPEZ PELÁEZ, mantenida la obligación de los bienes gananciales frente a los hijos, el criterio relevante para la existencia de reembolso en favor de la sociedad no debe ser el de la convivencia, como recoge en la actualidad el Código civil, y ello porque la convivencia con los hijos no siempre depende de la voluntad de los padres, y puede ser obligada para el cónyuge de cualquiera de ellos aunque no sea el progenitor de los menores, y sin haber participado en la redacción del convenio regulador ni en el proceso judicial sobre custodia, sino que debe ser el del consentimiento de dicho cónyuge no progenitor para asumir tales gastos como definitivos.

Este consentimiento podrá ser expreso o tácito, pero si se demuestra que no existe, el cónyuge debe tener derecho al reembolso de la parte que corresponda, y ello tanto si se trata de hijos no comunes que convivan con él como si no conviven, pues no vemos razón para imponer a una persona el mantenimiento de hijos que no son suyos como no sea su propio consentimiento para ello.

De este modo, y siguiendo el razonamiento de la autora, el cónyuge no progenitor no puede negarse a dicha convivencia física, porque infringiría el deber de socorro y ayuda mutua entre cónyuges, pero sí podría negarse a que los gastos generados durante esos periodos por quienes no son sus hijos queden definitivamente a cargo de su parte en los bienes comunes.

De considerarse el mantenimiento de los hijos de uno solo de los cónyuges como una carga del matrimonio con carácter general, no solo para la sociedad de gananciales, y por tanto con obligación de ambos cónyuges de atenderlo, el criterio para decidir si existe derecho de reembolso debe ser el mismo: la existencia o no de consentimiento del cónyuge no progenitor de atender a dichos gastos con su propio patrimonio.

En definitiva, el criterio básico de asunción de gastos, tanto en el régimen común como en el autonómico, debe ser el del consentimiento expreso o tácito del cónyuge no progenitor y no el de la convivencia, puesto que en realidad no participa en el establecimiento de la misma, ni de la custodia ni los periodos de visita o estancia, sea por acuerdo de los progenitores o por el juez, ni se solicita su opinión. Dicho consentimiento podría referirse a la asunción de estos gastos solo con los bienes comunes, o incluso con sus propios bienes privativos si fuere necesario.

La utilización como criterio de la «convivencia» pudo tener sentido inicialmente, pues la convivencia del hijo con la nueva familia podía ser excluida por el nuevo cónyuge, pero en realidad lo que se nos estaba diciendo era que la voluntad del nuevo cónyuge era lo determinante, y en la actualidad resulta más correcto prescindir de aquella palabra y acudir directamente al principio regulador: el consentimiento del cónyuge no progenitor afectado.

La tesis de la autora de esta monografía armoniza perfectamente con el creciente protagonismo de la autonomía de la voluntad de los miembros de las familias a la hora de organizar sus relaciones, tanto personales como patrimoniales. Todo ello no es otra cosa que el reflejo de la traslación al ámbito familiar de la protección de los derechos fundamentales, cuya principal consecuencia no es otra que la libertad en la configuración de las relaciones, especialmente, de las económicas, en las que criterios legislativos, como el de la convivencia, deben ir dejando paso a los forjados por los propios sujetos afectados por las relaciones económicas dentro de la familia.

La virtud de una obra como la de la profesora LÓPEZ PELÁEZ no solo reside en presentar y analizar un problema con todo lujo de detalles sino en abrir ventanas y rendijas al investigador para explorar temas interconectados. Los juristas no solo debemos escribir para informar o para suscitar debates y polémicas sino para despertar en el otro jurista que nos lee —y, en general, en cualquier lector— esa perspectiva de análisis o esa curiosidad insatisfecha que llevamos dentro y de la que no éramos conscientes antes de que alguien la despertara. De otro lado, estamos ante una obra que anclada en los sólidos cementos del Derecho de familia patrimonial se eleva por encima de ellos y alcanza una altura desde la que nos ofrece unas propuestas de cambio razonadas y muy razonables.

NORMAS DE PUBLICACIÓN
REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

1. NORMAS FORMALES DE PRESENTACIÓN

Conforme a los criterios de calidad exigidos tanto por las normas del CINDOC (Centro de Información y Documentación Científica) como por las de otras importantes bases de datos del ISI (Institute for Scientific Information), y con el fin de conseguir su inclusión en el Journal Citation Reports (JCR), se establecen las siguientes normas de publicación de trabajos en la RCDI.

1.1. Autoría

Los trabajos que se presenten para publicar en RCDI no podrán incluir los datos de autoría dentro del texto de dicho trabajo, con el fin de que se pueda realizar el proceso de evaluación ciega, según el protocolo de la propia Revista.

En la ficha de alta como usuario, que necesariamente debe cumplimentar cada colaborador, se recogerán los datos personales y académicos del autor, datos que serán los que aparecerán en el texto que finalmente se publique.

1.2. Encabezamiento

Al inicio de todos los trabajos deberán constar los siguientes datos:

- Título del trabajo, *en minúsculas*, que deberá reflejar fielmente el contenido de artículo, *en español y en inglés*.
- Resumen del artículo con un máximo de 250 palabras.
- Resumen del artículo en inglés *(abstract*).
- Palabras clave: de 5 a 10 palabras clave.
- Palabras clave en inglés (*key words*).

1.3. Extensión

- Los estudios tendrán una extensión entre 25 a 40 folios.
- Los dictámenes y notas, de 10 a 25 folios.
- Los estudios jurisprudenciales, de 10 a 20 folios.
- Las recesiones bibliográficas, de 2 a 4 folios.

1.4. Tipo de letra

- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, tamaño: 12 (salvo las Notas, cuyo tamaño será 10).
- Interlineado: Sencillo (*Sin negritas ni subrayados*).
- Alineación de los párrafos: justificado a derecha e izquierda.

1.5. Estructura del trabajo

Además del encabezado, todos deberán contener un Sumario al inicio, que seguirá las siguientes pautas:

- I. EN VERSALES
- II.1. EN VERSALITAS
- III.1.A. *En cursiva*
- IV.1.A.a) En redondo
- V.1.A.a) a') (si lo hubiera). En redondo

El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano.

I.- […]
II.- […]
III.- […]

Se añadirá al final del trabajo un ÍNDICE de las resoluciones citadas a lo largo del trabajo siempre en conexión con el tema. Dicha cita se hará con el esquema siguiente:

P. ej. STS de 22 de octubre de 2002. (*Sin puntos en las siglas*).

Por último, contará con un apartado de BIBLIOGRAFÍA, que recogerá las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente, conforme a la forma expresada en el siguiente apartado.

2. NORMAS PARA LA ELABORACIÓN DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado y para las Notas al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas formato

APA (American Psychological Association), contenidas en el Manual de Estilo: *Publication Manual of the American Psychological Association,* disponibles en *www.apastyle.org*.

- Libro:
  APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título de la obra en cursiva. Lugar de publicación: Editorial.

  Ej.: GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2000). *Lecciones de Derecho Hipotecario*. Madrid: Marcial Pons.

- Capítulo de Libro:
  APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título del capítulo. En: Inicial Nombre y Apellido (ed./dir./coord.), Título de Libro (en cursiva). Cuidad: Editorial (pp. Inicial y final).

  Ej.: DIAZ FRAILE, J.M. (2017). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)* Vol. 7º (2015). Madrid: Dykinson, BOE, Colegio de Registradores de España (pp. 47-63).

- Artículo:
  APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del artículo. Nombre de la Revista en cursiva, nº de la revista, páginas inicial y final.

  Ej.: GÓMEZ PÉREZ, A. (1969). Los alimentos debidos a la viuda encinta. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* núm. 2, 373-401.

- Documento electrónico:
  Además de lo indicado anteriormente según sea libro o artículo, debe indicarse [En línea], la dirección URL y la fecha de publicación o la de su más reciente actualización.

  Ej.: GÓMEZ POMAR, F. (2001). Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. *InDret* [En línea], núm. 40, disponible en *http://www.indret.com/cas/artdet.php?Idioma=cas&IdArticulo=139*

Conviene recordar que la forma de citar en texto correspondiente a las normas APA varía respecto a la tradicional de forma que:

- Tratándose de referencias bibliográficas en texto, se introducen en el propio texto de la siguiente forma: (autor, año de publicación y página).

La cita completa se desarrolla conforme a las normas que se acaban de exponer en la bibliografía recogida al final del artículo, no al pie de página.

Ej.: La viuda encinta se hace merecedora de los alimentos (GÓMEZ PÉREZ, 1969, 373), por lo que sería conveniente…

- Tanto las citas con referencia bibliográfica como las Notas que sean aclaratorias o informativas, irán siempre al final del artículo, correlativamente enumeradas y no en la página en que corresponda insertar la cita.

3. OTRAS NORMAS DE ESTILO

3.1. Cita de normas jurídicas

La primera cita de una norma, en el texto, será completa. Por ejemplo:

Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV o Ley 15/2015).

Los términos «Constitución española», «Código civil», «Código de Comercio», «artículo», «párrafo», «número», «disposición», etc., se escribirán de forma completa en el texto, salvo que sea entre paréntesis o entre corchetes, en cuyo caso se puede emplear la abreviatura (CE, CC, CCo, art., pfo., núm., disp.).

3.2. Uso de la mayúscula

Es conveniente el empleo de minúsculas en las iniciales de cargos u oficios (registrador, notario, abogado…), órganos (tribunal, juzgado…), preceptos (artículo, decreto…), dejando el uso de la mayúscula inicial para los nombres de personas e instituciones (Audiencia Provincial, Juzgado de lo Mercantil, Registro de la Propiedad…) y para los títulos de las normas.

El Consejo Editorial y de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación que se indican.

Se informa que en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, los datos personales facilitados a Revista Crítica serán tratados de forma confidencial y quedarán incorporados a los respectivos ficheros de los que es responsable el Colegio de Registradores, con las finalidades que se detallan en el Registro General de Protección de Datos, no siendo utilizados para finalidades incompatibles con estas. Los datos recabados podrán ser cedidos en los casos previstos para cada fichero en dicho Registro. La Revista Crítica pone en conocimiento su política de privacidad, disponible en su página web. Le informamos que la Revista Crítica asegura el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en los términos establecidos en la legislación vigente, pudiendo utilizar para ello cualquiera de los canales de comunicación del Colegio de Registradores, con domicilio en la calle Diego de León nº 21, 28006 Madrid, utilizando el servicio de Soporte LOPD (902181442 / 912701699), a través de la dirección de correo electrónico soporte.lopd@corpme.es.





Suscripción anual: 120,99 €
Número suelto: 23 €

ISSN 0210-0444

